عقد الإيجار التمويلى الدولى

فى

القانون الدولى الخاص

د. عبد السند حسن يمامة

الطبعة الأولى
٢٠٠٢م

المقدمة

من المسلم به فى الفقه الحديث أن مفهوم القانون الدولى الخاص فى مجال العقود الدولية يشمل نوعين من القواعد هما :

قواعد الإسناد Regles de conflit أو Regles de ratachement وهى القواعد القانونية التى ترشد القاضى إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية المتضمنة عنصرًا أجنبيًا .

وقواعد موضوعية أو مادية Regles materielles وهى تتوالى مباشرة تنظيم المراكز الخاصة المتضمنة عنصرًا أجنبيًا .

وقد دفع تطور العلاقات الخاصة الدولية الدول إلى إبرام معاهدات تشتمل على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على المراكز القانونية المتضمنة عنصرًا أجنبيًا مثل البيع الدولى والنقل الجوى والبحرى والكمبيالات . إلا أن تطور العلاقات الخاصة الدولية وتعقدها أدى إلى ظهور طائفة من العقود الدولية المعاصرة مثل عقود البوت[1] ، وعقود نقل التكنولوجيا[2] . وعقود الإيجار التمويلى وهذه العقود تختلف عن العقود الدولية التقليدية مثل البيع والنقل وغيرهما وتتسم بالتعقيد ، وكل عقد منها يتكون من حزمة روابط تعاقدية وإن بدا كل منها مستقل من الناحية القانونية إلا أن هناك رابطة اقتصادية تجمع بين هذه العقود رابطة اقتصادية لا تقبل التجزئة وتنضوى تحت اسم العقد سواء عقود البوت أو نقل التكنولوجيا أو عقد الإيجار التمويلى .

---

(١) للمؤلف ، نظام البوت وفقًا لأحكام التشريع المصرى ، طبعة ٢٠٠٠م .

(٢) للمؤلف ، عقود نقل التكنولوجيا وفقًا لأحكام التشريع المصرى ، طبعة ٢٠٠١م .

وموضوع بحثنا هو عقد الإيجار التمويلى الدولى فى القانون الدولى الخاص . ونظرا لحداثة العلاقات القانونية والاقتصادية التى يتضمنها عقد الإيجار التمويلى والذى ظهر فى النصف الثانى من القرن العشرين . فإن المحاولة الدولية الوحيدة لتنظيم ذلك العقد هى ما قام به معهد القانون الدولى لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT بروما بوضع معاهدة أتاوه للإيجار التمويلى الدولى[(١)] .

لذلك سيكون محل بحثنا هو تناول القواعد المادية أو الموضوعية لعقد الإيجار التمويلى وفقًا لأحكام اتفاقية أتاوه[(٢)] ، وقواعد الاسناد المتعلقة بعقد الإيجار التمويلى الدولى .

ونستهل بحثنا بمبحث تمهيدى نعرض فيه لثلاث مسائل : نشأة عقد الإيجار التمويلى ، التنظيم الدولى له ، ومشروعية عقد الإيجار التمويلى وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .

ثم نتناول موضوع البحث فى أربع فصول متتالية هى :

الفصل الأول : شروط تطبيق اتفاقية أتاوه .

الفصل الثانى : مفهوم الإيجار التمويلى الدولى وطبيعته القانونية .

الفصل الثالث : القواعد المادية أو الموضوعية لعقد الإيجار التمويلى الدولى وفقًا لاتفاقية أتاوه .

الفصل الرابع : قواعد الاسناد فى عقد الإيجار التمويلى الدولى وفقًا لاتفاقية أتاوه .

---

(١) د . أبو العلا على أبو العلا ، مبادئ معهد روما « اليونيدروا » المتعلقة بعقود التجارة الدولية ص ١٠ .

(٢) المادة ٢٥ فقرة ٢ بند ب من الاتفاقية . النص الفرنسى منشور بموجب اللائحة رقم ٩٥-٨٧٩ بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٩٥ بالجريدة الرسمية العدد الصادر فى ٤ أغسطس ١٩٩٥م .

مبحث تمهيدى

حول عقد الإيجار التمويلى الدولى

سنعرض فى هذا البحث ثلاث مسائل هى :

أولًا : نشأة عقد الإيجار التمويلى وانتشاره .

ثانيًا : التعريف باتفاقية أتاوه للإيجار التمويلى الدولى .

ثالثًا : مشروعية عقد الإيجار التمويلى وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .

أولًا : نشأة عقد الإيجار التمويلى :

١- الجذور التاريخية لعقد الإيجار التمويلى :

يرى جانب من الفقه أن عقد الإيجار التمويلى تمتد أصوله إلى نظام الائتمان المعروف فى القانون الرومانى والذى كان بمقتضاه يشترط المقترض نقل ملكية الشىء إليه ضمانا لدينه[١] .

وهناك من الفقه من يرى أن عقد الإيجار التمويلى كان معروفا فى الحضارات القديمة وخاصة لدى البابليين وضمن تشريعاتهم فى ذلك الوقت والمعروفة باسم قوانين حمورابى ، بل أن مصر القديمة منذ ٣٠٠٠ سنة قبل الميلاد عرفت نظامًا شبيهًا بالإيجار التمويلى مع بداية تنظيم العلاقة بين الدائن والمدين[٢] .

إلا أن معظم الفقه يتفق على أن الإيجار التمويلى بالمعنى المعروف بدء ظهوره فى الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٥٢.

وفى رأينا أنه حتى لو كان هناك تطبيق لعقد الإيجار التمويلى فى ذلك الزمن القديم ، وهو ما نشك فيه ، فإن يفتقد على الوجه اليقين الطبيعة الدولية .

---

(١) J. CALAIS Auloy Credit Bail ou leasing Rep. Dalloz droit Commercial 1973 No 4.

(٢) EL MOKHTAR Bey La symbiotique dans les leasing et credit bail mobiliers Dalloz 1970 p.3 .

٢ – النشأة التاريخية الحديثة للتأجير التمويلى :

نشأت[(١)] فكرة التأجير التمويلى فى صورتها المعاصرة المعروفة باصطلاح Leasing فى الولايات المتحدة الأمريكية بمناسبة تقدم وزارة الدفاع الأمريكية أثناء حرب كوريا عام ١٩٥٠ إلى أحد رجال الصناعة الأمريكية ويدعى بوث P BOOTHE Junior.D الذى كان يمتلك ويدير مصنعا صغير الحجم لانتاج بعض المواد الغذائية المحفوظة يطلب توريد كميات ضخمة من الأغذية المحفوظة تفوق القدرة الانتاجية الاعتيادية لمصنعه . ولم يستطع بوث التعاقد على تنفيذ هذه الصفقة وتأمل سبب الفرصة الضائعة .

لأنه لم يكن يملك المعدات الكافية ولا الأموال اللازمة لشرائها وفطن بوث إلى الطابع الاستثنائى لهذه الصفة التى قد تتكرر وقد لا تتكرر والمشكلة فى حالة عدم تكرارها هو توقف هذه الالات عن العمل والانتاج والعائد أما بيعها فسيلاقى صعوبة شديدة فى تسويقها وفقد جزء كبير من ثمنها وهداه تفكيره إلى الاستفادة من هذه المشكلة وجدوى احتراف تأجير المعدات الانتاجية للمشروعات الاقتصادية بنظام التأجير التمويلى ودعا بعض أصدقاءه إلى تأسيس أول شركات التأجير التمويلى فى العصر الحديث وفى الولايات المتحدة عام ١٩٥٢ والتى عرف باسم United States Leasing Corporation وحققت هذه الشركة نجاحًا باهرًا وتعاظمت أرباحها فى فترة زمنية وجيزه شجعت إلى انتشار شركات أخرى مماثلة حتى صار التأجير التمويلى من الظواهر المستقلة فى الاقتصاد الأمريكى .

---

(١) د. هانى محمد دويدار، النظام القانونى للتأجير التمويلى، رسالة دكتوراة دراسة نقدية فى القانون الفرنسى طبعة ١٩٩٤، ص ١٠.

٣ - انتشار التأجير التمويلى عالميًا :

انتقلت ظاهرة التأجير التمويلى فى بداية الستينيات من القرن العشرين من أمريكا إلى بريطانيا وذلك من خلال فروع لشركات التأجير التمويل الأمريكية Leasing companies، ثم من بريطانيا انتقل إلى بلجيكا ، والمانيا الاتحادية ، وهولندا ، وفرنسا ، وإيطاليا وأسبانيا ، ثم لوكسمبورج ، والنرويج والدانمرك ، ثم انتقل إلى الدول النامية فى كوريا الجنوبية ، وماليزيا ، وأندونيسيا والفلبين ، وتايلاند ، وهونج كونج ، وسنغافورا ونظرًا لارتباط عديد من الدول الأفريقية بفرنسا فقد انتقل التأجير التمويلى إلى دول المغرب العربى ودول غرب أفريقيا وتأثرت هذه الدول بالتشريع الفرنسى[(١)] .

ثم تطور الاهتمام بالتأجير التمويلى من نطاق النظم القانونية فى الدول ليكون موضوعا لجهود دولية واتفاقية دولية وهى اتفاقية أتاوه .

---

(١) د . هانى محمد دويدار ، المرجع السابق ص١٩ .

ثانيًا : اتفاقية أتاوه للإيجار التمويلى الدولى

فى ٢١ مايو عام ١٩٨٨ بمدينة أتاوا بكندا وافقت ٥٥ دولة منهم ١٦ دولة أوربية غربية على الاتفاقية التى اعدها المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص - يونيدروا - بروما عن الإيجار التمويلى الدولى .

وقد استغرق أعداد مشروع هذه الاتفاقية أكثر من ١٢ عامًا من قبل خبراء المعهد . ثم خبراء حكوميين ، ثم قدم المشروع لبحثه من مفوضين من قبل الدول فى مؤتمر دبلوماسى .

وقد استلهمت أحكام الاتفاقية التشريعات الوطنية ووافقت بين أحكام القضاء وأراء الفقه فى مختلف دول العالم حتى تكون اتفاقية شارعه فى مجالها وموضوعها .

ووضعت المعاهدة قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على العلاقات التى تنشأ عن الإيجار التمويلى ، كما هو الحال بالنسبة للحقوق والالتزامات المتعلقة بالأطراف الثلاثة فى هذا النظام .

كما توجد بعض القواعد القليلة بتنازع القوانين ورد النص عليها فى المعاهدة .

١ - توقيع الاتفاقية :

قدمت اتفاقية اتاوه للتوقيع حتى ٣١ ديسمبر ١٩٩٠ (م١/١٥) كانت فرنسا أول دولة وقعت على الاتفاقية فى ٧ نوفمبر ١٩٨٩. بعد ذلك انضمت العديد من الدول كثير منها له وزن اقتصادى مثل بلجيكا فى ٢١ ديسمبر ١٩٩٠، الولايات المتحدة الأمريكية فى ٢٨ ديسمبر ١٩٩٠ فنلندا فى ٣٠

نوفمبر ١٩٩٠، غانا فى ٢٨ مايو ١٩٨٨، غينيا ٢٨ مايو ١٩٨٨، إيطاليا فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٠، بنما فى ٣١ ديسمبر ١٩٩٠، المغرب ٤ يوليو ١٩٨٨، نيجيريا ٢٨ مايو ١٩٨٨، بنما فى ٣١ ديسمبر ١٩٩٠، الفلبين ٢٨ مايو ١٩٨٨، تنزانيا ٢٨ مايو ١٩٨٨، تشيكوسلوفاكيا ١٦ مايو ١٩٩٠.

٢ – الانضام إليها :

بعد تاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٩٠ فتحت الاتفاقية لانضمام دول غير موقعة (م١٥/٣) فانضمت إلى الاتفاقية : بلاروس فى ١٨ أغسطس ١٩٩٨، روسيا الاتحادية ٣ يونيه ١٩٩٨، المجر ٧ مايو ١٩٩٦، ليتوانيا ٦ أغسطس ١٩٩٧.

٣ – نفاذ الاتفاقية :

تنص المادة ١/١٦ من الاتفاقية على أنه : « تكون الاتفاقية سارية فى اليوم الأول من الشهر التالى لانقضاء مدة ستة أشهر من تاريخ إيداع ثالث دولة قدمت وثيقة تصديق وقبول وموافقة أو انضمام » .

وقد تحقق شرط نفاذ الاتفاقية بالنسبة للدول التى وقعت الاتفاقية بتصديق فرنسا فى ٢٣ سبتمبر عام ١٩٩١ وإيطاليا فى ٢٩ نوفمبر ١٩٩٣، نيجيريا فى ٢٥ أكتوبر ١٩٩٤ وبذلك أصبحت الاتفاقية سارية فى أول مايو ١٩٩٥.

وتنص المادة ٢/١٦ من الاتفاقية على أنه : « بالنسبة لكل دوله صدقت ، وقبلت ، ووافقت على الاتفاقية أو انضمت إليها ، بعد ايداع ثالث وثيقة تصديق وقبول وموافقة أو انضمام تكون الاتفاقية سارية بالنسبة لهذه الدولة فى اليوم الأول فى الشهر التالى من انقضاء فترة ستة أشهر بعد تاريخ إيداع وثيقة التصديق والقبول والموافقة أو الانضمام » .

وفقًا لنص المذكور توالى سريان الاتفاقية بالنسبة للدول التالية :

بنما صدقت على الاتفاقية ٢٦ مارس ١٩٩٧، وأصبحت سارية الاتفاق بالنسبة لها فى أول أكتوبر ١٩٩٧ ثم المجر وليتوانيا وروسيا الاتحادية وبلاروس فى ١ ديسمبر ١٩٩٦، ١مارس ١٩٩٨، ١ يناير ١٩٩٩، ١ مارس ١٩٩٩.

٤ – مجال تطبيق الاتفاقية :

ومجال تطبق الاتفاقية عمليات الايجار التمويلى (عقد الايجار التمويلى ، وعقد التمويل) الذى يبرما فى تاريخ لاحق لسريان الاتفاقية م ٢٣.

ثالثًا : مشروعية عقد الايجار التمويلى فى الشريعة الإسلامية

إذا كان عقد الايجار التمويلى من العقود المستحدثة وغير المسماة فإن السؤال يثور حول مشروعية المعاملة فى إطار عملية الايجار التمويلى من وجة النظر الإسلامية وفى بحثنا حول هذه المسألة وجدنا أنها أثيرت وصدرت بشأنها فتوى نرى من المفيد عرضها ونستهل ذلك بحكم استحداث العقود.

١ - حكم استحداث العقود :

يذهب الجمهور إلى أن الأصل فى العقود الصحة ولا يحرم منها إلا ما دل الشارع على تحريمه نصا ، أو قياسًا ، وأكثر العلماء تصحيحا أحمد[١] ، ثم مالك حيث قالوا : إن العقود يجب الوفاء بها ، وللناس أن يتعاقدوا على النحو الذى يحقق مصالحهم ، إذا توافر بها عنصر الرضا ، وقد أكثر ابن القيم ، وابن تيمية من الاستدلال على ذلك .

٢ - مشروعية عقد الإيجار التمويلى الدولى :

وفى الفتوى التى قدمها المجمع الفقهى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى للاجابة على استفسارات البنك الإسلامى للتنمية بمقر البنك بمدينة جدة بالمملكة العربية السعودية فى ١١ صفر ١٤٠٧ هـ الموافقة / / حول مشروعيه عقود الايجار التمويلى التى يقوم بها البنك الإسلامى للتنمية لتمويل شراء ثم إيجار وسائط النقل مثل ناقلات البترول والبواخر أو لتمويل شراء أو إيجار معدات وأجهزة لمشروعات صناعية وقد نصت الفتوى على المبادئ التاليه :

---

(١) ابن قدامة ، المغنى مع الشرح ، الجزء الرابع ص ٤٢٩، ابن القيم ، إعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٣٣٨.

المبدأ الأول : أن الوعد من البنك الإسلامى للتنمية بايجار المعدات إلى العميل بعد تملك البنك لها أمر مقبول شرعًا .

المبدأ الثانى : أن توكيل البنك الإسلامى للتنمية أحد عملائه بشراء ما يحتاجه ذلك العميل من معدات وآليات ونحوها مما هو محدد الأوصاف والثمن لحساب البنك بغية أن يؤجره البنك تلك الأشياء بعد وصولها وحصولها فى يد الوكيل هو توكيل مقبول شرعًا .

المبدأ الثالث : أن عقد الايجار يجب أن يتم بعد التملك الحقيقى للمعدات وأن يبرم بعقد منفصل عن عقد الوكالة والوعد .

المبدأ الرابع : أن الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الاجاره جائز بعقد منفصل كما أن تعليقها على وفاء المستأجر بالتزامات مقبولة شرعًا .

المبدأ الخامس : أن تبعة الهلاك والعيب تكون على البنك بصفته مالكًا للمعدات ما لم يكن ذلك بتعد أو تقصير من المستأجر فكون التبعة عندئذ عليه .

المبدأ السادس : أن نفقات التأمين لدى الشركات الإسلامية يتحملها البنك وجدير بالتنويه بخصوص المبدأ الرابع الذى أخذ برأى فى الفقه الحنبلى من عدم اجتماع بيع وإجارة ، إلا أن فى الفقه الحنبلى ذاته كما جاء فى ابن قدامة أنه يحتمل الجواز ، والمالكية على جواز اجتماع البيع والاجارة[1] .

ونخلص من ذلك أن عملية الايجار التمويلى هى من العقود المستحدثة المشروعة[1] .

---

(١) د . محمد مصطفى أبوه الشنقيطى ، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة ، المجلد الأول ، المدينة المنورة مكتبة العلوم والحكم ص٤٤٣.

الفصل الأول
شروط تطبيق اتفاقية أتاوه
وضابط الاسناد المختار

نصت اتفاقية أتاوه على أن دولية عقد الإيجار التمويلى هى مفترض تطبيقها (م٣ من الاتفاقية) وقد نصت الاتفاقية أن هذا المفترض يتكون من شرطين لتوافر الدولية فى عقد الإيجار التمويلى .

الشرط الأول وهو شرط ضرورى : وهو أن يكون موطن أعمال كل من المؤجر والمستأجر فى دولتين مختلفتين ولم تعرض الاتفاقية لتعريف ما هو « موطن الأعمال » .

ولكن الاتفاقية فصلت فى فرص تعدد موطن أعمال أطراف عملية الإيجار التمويلى ووضعت معيار الأفضلية وفى ذلك نصت المادة ٢/٣ من الاتفاقية على أنه : موطن الأعمال المشار إليه فى هذه الاتفاقية يعنى إذا كان أحد أطراف عملية الإيجار التمويلى له أكثر من موطن أعمال فإنه يعتد بالموطن الأكثر ارتباطًا بالعقد من ناحية موضوع العقد وتنفيذه مع مراعاة الظروف التى يعلمها الطرفان أو التى كان يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو أثناء انعقاده .

وذلك النص منقول حرفيا من نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع « اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠» .

ما عدا مصطلح « موطن أعمال » والذى نفضله كترجمة عربية للمصطلح Place of business والوارد فى وثيقة اتفاقية أتاوه فى المادة ٣ والوارد أيضًا فى

اتفاقية فيينا فى المادة ١٠ بدلا من مصطلح مكان الأعمال المستخدم فى الترجمة العربية من قبل قسم الترجمة بهيئة الأمم المتحدة[(١)] .

وتنص اتفاقية فيينا فى فقرتها الثانية من نفس المادة (م١٠ فقرة ب) إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل «موطن أعمال» ، وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد . ونعتقد أنه كان من الأفضل لواضعى اتفاقية أتاوه كما نقلوا من اتفاقية فيينا حكم المادة ١٠ فقرة أ أن ينقلوا النص كاملًا بإضافة الفقرة ب سابقة الإشارة .

لذا نرى عدم استصواب رأى فى الفقه[(٢)] أطلق تعبير محل الاقامة كترجمة لتعبير Place of business أو etablissement وهما المصطلحان الواردان فى النسخة الإنجليزية والفرنسية فى اتفاقية أتاوه فى نص م٣/ ١.

ووجه الانتقاد لا يقف عند خطأ ترجمة ولكن المسألة من ناحية القانون الواجب التطبيق خطيرة لأنها تتعلق بضابط الاسناد الذى اختارته الاتفاقية هل هو محل الاقامة أم موطن الأعمال .

ومن المعروف أن ضابط الاسناد هو المعيار المختار ا لذى يرشد إلى القانون الواجب التطبيق على المركز القانونى من حيث الموضوع ، فهو إذن نقطة الارتكاز التى تنير الطريق إلى القانون الذى ينطبق على المركز القانونى[(٣)] .

---

(١) د . محسن شفيق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٨م، ص ٢٨٤.

(٢) د . أشرف وفا ، الإيجار التمويلى فى القانون الدولى الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولى الخاص المجلد ٥٦ عام ٢٠٠٠م، ص ١٣٢.

(٣) د . هشام صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة فى المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة فى التشريع المصرى، الناشر منشاه المعارف بالاسكندرية، طبعة ١٩٧٤م. ص ١٤.

ومما يؤكد رأينا أن المقصود هو موطن الأعمال أو مكان الأعمال هو نص م٣/ ٢ من اتفاقية أتاوه ذاتها فيما يتعلق بمعيار الافضلية عند تعدد موطن الأعمال. اضافة لنص م١٠ من اتفاقية فيينا عندما نصت فى فقرة أ على موطن الأعمال كضابط إسناد وهو الذى نقلته اتفاقية أتاوه ١/٣ حرفيا ثم اضافة اتفاقية فيينا م١٠/ب على معيار أو ضابط الاقامة كضابط إسناد احتياطى فى حالة عدم توافر ضابط مكان العمل لأحد الأطراف.

أما بالنسبة لعقد التمويل فلا تشترط الاتفاقية أن يتسم بالصفة الدولية فيمكن أن يكون عقدًا وطنيا فى جميع عناصره أو بين طرفين مقيمين فى نفس البلد فالاتفاقية لم تشير إلى موطن أعمال المورد كعنصر فى تحديد دولية علاقة الإيجار التمويلى، وينتقد رأى فى الفقه[1] هذا الاغفال الذى يتجاهل العلاقة الثلاثية التى يقوم عليها عملية الإيجار التمويلى إلا أننا نرى أنه لا وجه لهذا الاعتراض لأنه من قبل التيسير وعدم التشدد فى أعمال نصوص الاتفاقية.

كما لم تعتد الاتفاقية أيضًا بموطن أعمال أو مكان أعمال المستأجر من الباطن، وذلك فى فرض تنازل المستأجر الأصلى لمستأجر من الباطن عن عقد الإيجار التمويلى. ورغم تأكيد الاتفاقية على مشروعية وخضوع هذا العقد من الباطن لأحكام الاتفاقية وذلك وفقًا لنص م٢ من الاتفاقية التى تقرر أنه فى حالة ابرام عقد إيجار تمويلى أو أكثر من الباطن تتعلق بنفس المنقولات فإن الاتفاقية تطبق على كل عقد من هذه العقود ويخضع كل عقد ايجار تمويلى من الباطن لأحكام هذه الاتفاقية.

أيضًا لم تشترط الاتفاقية انتقال المال محل العقد من دولة إلى أخرى.

---

(١) د. أشرف وفا، المرجع السابق، ص١٣٣.

الشرط الثانى : إختيارى فى أحد شقيه :

أ - ان تكون الدولة التى بها موطن أعمال كل من المؤجر والمستأجر والمورد من الدول الأطراف فى الاتفاقية (م١/٣أ من الاتفاقية) .

ب - أن يكون القانون الواجب التطبيق على كل من عقد التمويل وعقد الإيجار التمويلى هو قانون أحد الدول الأطراف فى الاتفاقية (م١/٣ب من الاتفاقية) .

وفيما يتعلق بشرط خضوع عقد التمويل وعقد الإيجار التمويلى لقانون دولة طرف فى الاتفاقية فإن المسألة لا تخرج عن أحد فرضين هما :

الفرض الأول : هو حالة خضوع عقد الإيجار التمويلى لقانون دولة طرف فى الاتفاقية وخضوع عقد التمويل لقانون دولة ثانية موقعة .

الفرض الثانى : هو حالة خضوع كل من عقد الإيجار التمويلى وعقد التمويل لقانون دولة واحدة طرف فى الاتفاقية .

نخلص مما سبق أن مفترض تطبيق اتفاقية أتاوه هو دوليه عقد الإيجار التمويلى وأن هذا المفترض يقتض توافر شرطان : أحدهما يتعلق بأن يتضمن العقد عنصرًا أجنبيًا element d'exteranite وهو أن يكون موطن أعمال كل من المؤجر المستأجر فى دولتين مختلفتين .

الشرط الثانى : يتعلق بانضمام دولة إلى الاتفاقية وذلك بأن يكون موطن أعمال أطراف عملية الإيجار التمويلى المؤجر والمستأجر والمورد على اقليم دولة طرف فى الاتفاقية أو أن يخضع عقد التمويل وعقد الإيجار التمويلى لقانون دولة موقعة .

الفصل الثانى

مفهوم الإيجار التمويلى وطبيعته

تقسيم : سنعرض لمفهوم الإيجار التمويلى فى النظم القانونية المقارنة وفى اتفاقية أتاوه .

وسنعرض ذلك فى مباحث :

مبحث أول : موقف الدول تجاه وضع قانون خاص لعقد الإيجار التمويلى .

مبحث ثانى : تعريف عقد الإيجار التمويلى فى النظم القانونية المقارنة والتشريع المصرى .

مبحث ثالث : الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلى .

مبحث رابع : تكييف عقد الإيجار التمويلى .

مبحث خامس : تعريف الإيجار التمويلى وتكييفه وفقا لنصوص اتفاقية أتاوه .

المبحث الأول
موقف الدول تجاه وضع قانون خاص
لعقد الإيجار التمويلى

اتجاهان :

يوجد اتجاهان مختلفان فى القانون المقارن فيما يتعلق بالنظام القانونى الذى يحكم عقد الإيجار التمويلى هما[(١)] :

اتجاه أول : نظم قانونية تخلو من تشريع خاص بتنظيم عقد الإيجار التمويلى :

ويمثل هذا الإتجاه غالبية الدول ويحكم الايجار التمويلى فى هذه الدول القواعد العامة فى الحقوق والالتزامات وأحكام القضاء ومن هذه الدول بلجيكا ، وإيطاليا ، وسويسرا ، وألمانيا .

اتجاه ثان : نظم قانونية وطنية صدر فيها تشريع خاص ينظم عقد الإيجار التمويلى .

وعلى الجانب الآخر فى القانون المقارن توجد دول صدر فيها تشريعات وطنية قننت أو نظمت ولو جزئيا عقد الإيجار التمويلى أو بعض من عقود عمليه الإيجار التمويلى . وتشير إلى بعض هذه القوانين :

---

(١) Cautier BOURDEAU, credit bail international juris, cl. Droit int, Fasc. 566- 70, 1999 no 12.

الولايات المتحدة الأمريكية : قانون التجارة الموحد المادة 2.A. فى مصر قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ .

وكان أول تشريع للتأجير التمويلى فى فرنسا القانون رقم ٦٦- ٤٥٥ الصادر فى ٢ يوليو ١٩٦٦ وكان مقصورًا على العمليات الواردة على معدات إنتاجية وهى من المنقولات المادية وقد عدلت بعض أحكامه عام ١٩٦٧ بالقانون رقم ٦٧- ٨٣٧. وعدل مرة أخرى عام ١٩٨٤ بالقانون رقم ٨٤- ١٤٨.

ثم تدخل المشرع باصدار قانون رقم ٦٦٥/٧٢ الصادر فى ٤ يولية ١٩٧٢ والخاص بضرورة اعلان أو شهر عقد الإيجار التمويلى الوارد على منقولات والعقارات .

ثم صدر قانونان حديثان نسبيا موسعان من نطاق تطبيق قانون ١٩٦٦ وهو القانون رقم ٨٦- ١٢ بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٦ والقانون رقم ٨٩- ١٠٠٨ بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ وبموجب القانونين المذكورين أصبحت عمليات تأجير المجال التجارية وعناصرها تخضع لأحكام قانون ١٩٦٦[١] .

---

(١) راجع هانى دويدار ،. المرجع السابق ص٢٣.

مبحث ثان

تعريف عقد الإيجار التمويلى

ويعرف الإيجار التمويلى فى الولايات المتحدة الأمريكية باصطلاح Finance Lease وتعرفه المادة 2A-103 من التقنين التجاري الموحد Uniform Commercial Law بأنه :

عقد إيجار لا يتيح للمؤجر إختيار أو تصنيع أو توريد البضائع محل العقد ، بل يتعاقد مع طرف ثالث يلتزم بتوريد البضائع فيتملكها المؤجر بقصد تأجيرها إلى المستأجر .

ولا يعطى القانون الأمريكى للمستاجر فى نهاية مدة العقدخلافا لنص م١/٣ من اتفاقية أتاوه للمستأجر خيار شراء الآلات أو المعدات محل العقد ، ويلتزم المستأجر بإعادة الأصول المستأجرة إلى المؤجر الذى يكون له الحق فى بيعها أو إعادة تأجيرها من جديد(١) .

وفى المملكة المتحدة يعرف عقد الإيجار بأنه : عقد بين المؤجر (المالك) والمستأجر (المستعمل) يتضمن إيجار أصول معينة يتم إختيارها من مورد أو بائع بمعرفة المستأجر ويظل المؤجر مالكا للأصول والمستأجر حائزًا ومستعملًا لها مقابل دفع أجره معينة يتفق عليها خلال مدة الإيجار ولا يعطى عقد الإيجار التمويلى للمستأجر الحق أو يلقى على عاتقه التزامًا يتملك الأصول لإخلال مدة العقد ولا بعد انتهاء العقد .

---

(١) د . حسام الدين عبد الغنى الصغير ، الايجار التمويلى ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٤ ص ١٢.

ويتفق النظام الانجليزى مع النظام الأمريكى فى أن عقد الإيجار التمويلى لا يتضمن وعدًا بالبيع فى جانب المؤجر لصالح المستأجر ، كما أن ليس للمستأجر خيار شراء الالات أو المعدات محل عقد الإيجار التمويلى لاخلال مدة العقد ولا بعد انتهاء مدته[1] .

أما فى فرنسا[2] فقد عرفت المادة الأولى من القانون الفرنسى رقم ٦٦-٤٤٥ الصادر فى ٢ يوليو ١٩٦٦ الإيجار التمويلى بأنه : يقصد بعمليات الايجار التمويلى فى مفهوم هذا القانون ما يلى :

١- عمليات تأجير المعدات والالات اللازمة لمزاولة حرفة أو صناعة ، والتى يتم شراءها يقصد إعادة تأجيرها بواسطة مشروعات تظل هى المالكة لها . وذلك عند ما تخول هذه العمليات - أيا كان تكييفها - للمستأجر الحق فى تملك كل أو جزء من الأشياء محل الإيجار ، فى مقابل ثمن يتفق عليه ويؤخذ فى الاعتبار عند تقدير المبالغ التى دفعها المستأجر على سبيل الإيجار .

وينقل نص م ٥ من القانون ٩٥ لسنة ٩٥ حكم التشريع الفرنسى وذلك بالنص على أن « للمستأجر الحق فى إختيار وشراء المال المؤجر كله أو بعضه فى الموعد المحدد وبالثمن المحدد فى العقد ، على أن يراعى فى تحديد الثمن مبالغ الأجرة التى أداها » .

أما اتفاقية أتاوه فتأخذ موقف وسط ، فلا تأخذ اتجاه المشروع الامريكى والانجليزى بعدم جواز النص فى عقد الإيجار التمويلى . على حق المستأجر فى شراء المال محل العقد ولا تأخذ باتجاه المشرع الفرنسى بالنص على حق المستأجر

---

(١) د . حسام الدين عبد الغنى الصغير ، المرجع السابق ص١٣ .

(٢) د . هانى دويدار ، المرجع السابق ص٥٩.

فى عقد الإيجار التمويلى بشراء المال محل العقد ولكنى تقرر الاتفاقية وفقا لنص م٣/١ بأنه شرط جوازى بالتقرير للمستأجر بمكنه الشراء أو النص بالحظر .

عقد الإيجار التمويلى فى التشريع المصرى

- نظم المشرع المصرى عقد الإيجار التمويلى بموجب القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥[1] باعتباره عقد إيجار - ذو طبيعه خاصة بحيث يخضع للقواعد الخاصة الوارده فى القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ أما ما لم يرد بشأنه نص خاص فإن القواعد العامة هى الواجبة التطبيق وقد أكدت النصوص هذا المعنى .

- وقد نصت المادة ٢ بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على أنه فى تطبيق هذا القانون بعد تأجيرًا تمويليا ما يأتى :

١- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد إستنادًا إلى عقد من العقود ، ويكون التأجير مقابل قيمة إيجارية يتفق عليها المؤجر مع المستأجر .

٢- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت يقيمها المؤجر على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر ، وذلك بالشروط والمواصفات والقيمة الإيجارية التى يحددها العقد .

---

(١) القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى شأن التأجير التمويلى ، نشر فى الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى ٦/٢/ ١٩٩٥. وصدرت اللائحة التنفيذية بموجب قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٤٦ لسنة ١٩٩٥، ونشرت فى الوقائع المصرية العدد ٢٩١ (تابع) فى ١٩٩٥/١٢/٢١ وتم تعديل بعض أحكامها بقرار وزير الاقتصاد رقم ٩٦٢ لسنة ١٩٩٦ الوقائع المصرية العدد ٤٣ فى ١٩٩٧/٢/١٣ وقرار وزير الاقتصاد رقم ٤٧٣ لسنة ١٩٩٧ الوقائع المصرية العدد ٢٠٩ (تابع) فى ١٩٩٧/٩/١٦ بإضافة فصل سادس.

٣- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير المال إلى المستأجر تأجيرًا تمويليا إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلى .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون أنه : « وإذا كانت العلاقات التى تنشأ عن عملية التأجير التمويلى فى جملتها هى علاقات مزدوجة الثنائية حيث تقوم بين المؤجر الذى يزاول هذا النشاط والمورد أو المقاول الذى يمدها بالمعدات أو الآلات ، ثم تقوم علاقة أخرى بين المؤجر والمستأجر ، فإن المشروع قد انتهج منهجا يقوم على أن الأصل هو إستقلال كل علاقة بأوضاعها وأحكامها ، وإن جاز فى أحوال خاصة ومحدودة أن تنشأ علاقات ثمة تقتضيها طبيعة النشاط بين المورد والمستأجر »[(١)] .

ويؤكد المشرع الاستقلال القانونى للعلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر فى عقد الإيجار التمويلى ويفصلها عن غيرها من عقود تنظم علاقات أخرى ناشئة عن عملية التأجير التمويلى كعقد وكالة المؤجر للمستأجر فى التفاوض مع المورد وأختيار المعدات[(٢)] لذلك فقد نصت المادة ١/٢٢ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على أنه : « لا يترتب على الحكم ببطلان أو بفسخ العقد المبرم بين المورد أو المقاول وبين المؤجر أثر على العقود المبرمة بين المؤجر والمستأجر » .

---

(١) مضبطة الجلسة ، ٨٢ فى ١٩٩٥/٦/٢٧ ، لفصل التشريعى السادس دور الانعقاد العادى الخامس ص ٢٣٢.

(٢) د . عبد الرحمن قرمان ، عقد التأجير التمويلى ، طبعة ١٩٩٥م، ص٤١ .

مبحث ثالث

الطبيعة القانونية لعقد الايجار التمويلى

يذهب غالبية الفقه فى النظم القانونية المقارنة إلى أن الايجار التمويلى نظام قانونى مركب من حزمه روابط تعاقدية معروفة[1] ومتعاقبة على النحو التالى :

– وعد بتبادل الايجار يبدأ بايجاب من المستأجر الباحث عن التمويل وقبول من المؤجر الشركة الممولة[2] .

– وكاله من جانب الشركة الممولة للمشروع المستفيد فى إختيار الالات أو المعدات محل العقد وتحديد أوصافها واثمانها والمورد[3] .

– عقد ايجار المال محل عقد الايجار التمويلى بين المؤجر « الشركة الممولة للمشروع » والمستأجر « الشركة المستفيدة » ويعتبر هذا العقد هو محور وركن عملية الايجار التمويلى[4] .

---

(١) EL - Mokhtar BEY, La Convention d'ottawa sar le credit bail international, la semaine Jaridiqve CJ: cpl, ed E, no49, 1989, II, 15643p, 726 et.

CL. Champaud, le leasing. J. C. P. 1965 .

(٢) د . فايز نعيم رضوان ، عقد التأجير التمويلى ، طبعة ١٩٩٧م ، ص ٤٦ ، د . على سيد قاسم ، القانونية للإيجار التمويلى ، طبعة ١٩٩٠م ، ص ٣٠ ، د . حسام الدين عبد الغنى الصغير ، الإيجار التمويلى ، طبعة ١٩٩٤م ، ص ٢٧ .

(٣) د . فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص ٦٠ ، د . على سيد قاسم ص ٣١ ، د . حسام الصغير ص ٢٧ .

(٤) د . على سيد قاسم ص ٣٩ ، د . حسام الصغير ص ٢٧ ، د . فايز رضوان ص ٤٦ .

- الوعد بالبيع الملزم الجانب واحد وهو المؤجر بالالتزام ببيع الالات أو المعدات محل عقد الايجار التمويلى إلى المستأجر فى نهاية مدة العقد إذا ابدى رغبته بذلك[1] .

- عقد البيع إذا أعلن المستأجر فى نهاية مدة العقد رغبته فى الشراء ولا تنتقل الملكية بأثر رجعى ولكن من تاريخ ابداء الرغبة[2] .

ولكن السؤال هو هل كل علاقة تعاقدية من هذه العلاقات تمثل عقدًا مستقلًا يخضع لنظامه القانونى الخاص؟ خاصة وأن كل هذا العقود لو نظرنا إليها على حده لعرفنا أنها تنتمى إلى نظم معروفه ومستقره.

أم أن كل أو بعض هذه العلاقات فى منظومه عملية الإيجار التمويلى تفقد ذاتيتها وشخصيتها لتكون فى مجموعها نظام مركب ومستقل عن كل عقد عنصر فى هذه التركيبه. هذه هى مشكلة تكييف عقد الإيجار التمويلى التى نعرض لها فى المبحث التالى.

---

(١) د. على سيد قاسم ص٤٥، د. حسام الصغير ص٢٨، د. فايز رضوان ص ٧٠.

(٢) د. على سيد قاسم ص٤٩، د. حسام الصغير ص٢٨، د. فايز رضوان ص ٦٠.

مبحث رابع

تكييف عقد الإيجار التمويلى

اختلف الفقه والقضاء فى النظم القانونية المقارنة حول تكييف عقد الإيجار التمويلى وخاصة فى الدول التى لم يصدر فيها تشريع خاص بعقد الإيجار التمويلى مثال ذلك الجدل الفقهى فى المانيا وسويسرا كان أكبر حده عنه فى فرنسا[(١)] .

ففى سويسرا يتساءل الفقه هل نصوص قانون الالتزامات فيما يتعلق بالأحكام التى تقرر الاحتفاظ بالملكية أو البيع على دفعات بمعنى تجزئه البيع واجبة التطبيق على عقد الإيجار التمويلى[(٢)] .

أيضًا أكدت المحكمة الفيدرالية السويسرية فى ٢٥ مايو ١٩٩٣ فى حيثيات حكم لها أنه ما زال هناك خلافات عميقة فى الفقه حول التكييف القانونى لعقد الإيجار التمويلى .

فبعض الفقهاء يرون أنه عقد ناقل للملكية من طبيعة أو نوع خاص يقترب من عقد البيع مع حفظ الملكية . ويرى جانب أخر من الفقه أن عقد الإيجار أحد أنواع عمليات الائتمان ذات الطبيعة الخاصة ويقترب من عقد القرض مع احتفاظ المؤجر بملكية المال المؤجر على سبيل الضمان .

---

(١) Gautier BOURDEAU : credil bail int., op cit, no 15 el 16.

(٢) Gautier BOUREAU, op cit no 16.

ويرى فريق ثالث فى الفقه أنه عقد تنازل عن الاستعمال والانتفاع ويقترب فى ذلك من عقد الايجار.

وفى المانيا ثار خلاف مشابه للخلاف الفقهى فى سويسرا حول تكييف عقد الإيجار التمويلى وذهب رأى أن عقد الإيجار التمويلى هو بيع بالتقسيط Vent a temperature.

وفى فرنسا ما زال الجدل محتدمًا حول تكييف عقد الإيجار التمويلى وكان لبعض الفقه فى فرنسا اجتهادات تميزت بالجده والسبق وأمام هذا الثراء والتنوع الفقهى نرى أنه يوجد اتجاهان متميزان فى تكييف عقد الايجار التمويلى نعرض لهما:

اتجاه أول : يرى تكييف عقد الإيجار التمويلى بوصفه من العقود المسماه وانقسم أصحاب هذا الاتجاه[1] إلى أن عقدمن العقود المسماه. فمنهم ما رأى أن عقد الايجار التمويلى ينتمى إلى عقد الايجار المالى[2]، ورأى ثان ذهب إلى أن عقد الايجار التمويلى هو قرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان[3]، ورأى ثالث ذهب إلى أن عقد الإيجار التمويلى بيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية مع سبيل الضمان[4].

اتجاه ثان : تكييف عقد الايجار التمويلى بوصفه عقدًا غير مسمى من طبيعة خاصة، وأنصار هذا الاتجاه يمثلون أغلبية الفقه والقضاء. وأن كان تعبير عقد غير

---

(١) د. هانى دويدار، النظام القانونى للتأجير التمويلى ص٥٧٣.

(٢) د. هانى دويدار، المرجع السابق ص٥٨٥ - ٦٠٥.

(٣) د. هانى دويدار، المرجع السابق ص٦٠٥ - ٦١٩.

(٤) د. هانى دويدار، المرجع السابق ص٦٢١ - ٦٣٦.

مسمى تعنى تصنيف العقد خارج العقود المسماه التى ينظمها القانون المدنى إلا أن الآراء تعددت حول تحديد سبب الطبيعة الخاصة[1] إلا أن أهمها نظريتان فيذهب رأى إلى أن سبب الطبيعة الخاصة لعقد الايجار التمويلى هو الطابع المركب لعقد الايجار التمويلى ورائد هذا الاتجاه الفقيه الفرنسى CHAMPAUD[2] وجوهر فكرته أنه توجد خمس عقود رئيسية تدخل في تكوين عقد التأجير التمويلى ويرتبها حسب ترتيب أثارها : الوعد الملزم للجانبين بالايجار والوكالة والايجار والوعد المنفرد بالبيع والبيع وأن بين هذه العقود يعتبر عقد الايجار المحور الذى تبرم من أجله باقى العقود .

والنظرية الثانية فى تحديد سبب الطبيعة الخاصة لعقد الايجار التمويلى قال بها الفقه الفرنسى MASSIN[3] وتقوم على فكرة اهلاك المال محل العقد ضريبيا وهذا الاهلاك هو الذى يسمح بتحديد طبيعة العقد القانونية ويفسر آلياته .

فالمستفيد أو المستأجر يهدف من عقد الايجار تحقيق ميزتين الأول وهو الحصول على عوائد الأصل أو الانتفاع وهذه الميزه يحققها عقد الايجار أو عقد البيع التقليدى أما الميزه الثانية فهى تفادى الآثار السلبية أو العبء الضريبى الذى ينشأ عن وجوب اهلاك الأصل من الوجهة الضريبية بفرض أنه اكتسب ملكيته وما يترتب على ذلك من عوائق فى محاولة التصرف فى معدات أو آلات تجاوزها التطور .

فالايجار التمويلى على هذا النحو يحقق ميزه اقتصادية هامة للمشروع

---

(١) د . هانى دويدار المرجع السابق ص٦٣٦ وما بعدها .

(٢) CHAMPAUD , le leasing, J. C. P. 1965 .

(٣) MASSIN : le leasing dénommé credit bail Revue du Jurisprudence commerciale, Doctrine, 1966, p 38.

المستأجر ذلك أن استئجار المعدات من الغير بديلا مجزيا لتلك الأصول الانتاجية حيث أنه من المقرر أن يكون للمستأجر حق خصم كامل الأجرة من وعائه الضريبى باعتبارها من نفقات الاستغلال[1] .

والحقيقة أن فكرة الاهلاك الضريبى للأصول الانتاجية ظاهرة حديثة خاصة بأسلوب الانتاج الرأسمالى ، لم يعرفها القانون الرومانى الذى ورث عنه التقنين المدنى الفرنسى والنظم القانونية التى تأثرت به العقود المسماه .

---

(١) د هانى دويدار ، المرجع السابق ص١٢ .

مبحث خامس

مفهوم عقد الايجار التمويلى الدولى فى اتفاقية اتاوه وطبيعته القانونيه :

سنتناول مفهوم عقد الايجار التمويلى الدولى فى اتفاقيه أتاوه وطبيعته القانونية من خلال عرض لتعريف وتكييف العقد وفقًا لنصوص الاتفاقية .

تعريف عقد الايجار التمويلى :

عرفت اتفاقية أتاوه فى مادتها الأولى عقد الايجار التمويلى بأنه عملية Operation الايجار التمويلى والتى بمقتضاها : يقوم المؤجر الطرف الأول .

أ - بابرام (عقد تمويل) بناء على طلب طرف ثانى ، « المستأجر » مع طرف ثالث « المورد » وبموجب هذا العقد يشترى منقولات معدات انتاج أو أدوات عمل وفق اقساط متفق عليها مع المستأجر حسبما اتفقا عليه .

ب - بابرام عقد تأجير تمويلى مع المستأجر يفوضه الحق فى استعمال المنقولات مقابل دفع ثمن الأجرة .

٢ - وتعتبر عملية الايجار التمويلى المشار إليها فى الفقرة السابقة نظامًا يتميز بالخواص الآتية :

١ - يختار المستأجر المنقولات ويختار موردها بدون توجيه من المؤجر .

ب - يفترض ملكية المؤجر للمنقولات بموجب عقد الإيجار التمويلى المبرم أو الذى سيعقد بين المؤجر والمستأجر وبعلم المورد .

ج - تحسب الأجرة المنصوص عليها فى عقد الايجار التمويلى ، أخذه فى

الاعتبار على وجه الخصوص الاستهلاك الكلى أو الجزء الأعظم من ثمن المنقول .

٣ - تطبق الاتفاقية سواء كان المستأجر له أو ليس له مكنة اختيار شراء المنقولات ابتداءً أو فيما بعد أو إعادة استئجارها من جديد حتى لو بثمن أو بإيجار رمزى .

٤ - تحكم الاتفاقية عمليات الايجار التمويلى المتعلقة بجميع المنقولات ما عدا المعدة بصفة رئيسية للاستعمال الشخصى أو العائلى أو المنزلى للمستأجر .

تكييف عقد الايجار التمويلى وفقًا لاتفاقية أتاوه :

أفصحت اتفاقية أتاوه عن الطبيعة القانونية لعقد الايجار التمويلى الدولى وعن تكييفها له .

ابتداء عبَّر عنوان الاتفاقية عن موضوعها وهم اسم العقد محل التنظيم Credit Bail.

فعنصرا اسم العقد ايجارًا وتمويلًا وذلك مصطلح له معنى ولم يرد ضمن العقود المسماه وفى ديباجتها اكدت إنتماء العقد محل التنظيم للقانون المدنى والقانون التجارى « اعترافا بالفائدة فى إقرار بعض القواعد الموحدة لتحكم الايجار التمويلى الدولى والذى ينتمى بصفة أساسية للقانون المدنى والقانون التجارى » .

وتأكيد الاتفاقية فى الديباجة أيضًا على تميز القواعد التى تحكم عمليات التأجير التمويلى عن تلك التى تحكم عقود الايجار التقليدية وذلك بالنص : « ادراكًا بأن القواعد التى تحكم عقود الايجار التقليدية تتطلب إعادة توفيقها مع

العلاقات اللائقة التى تتميز بها عمليات التأجير التمويلى » .

وسنعرض لخصوصية عقد الايجار التمويلى وتميزه عن غيره من العقود التى تعتبر من عناصره أو قد تتشابه معه وذلك من خلال عرضنا لعناصر العقد من نصوص الاتفاقية ذاتها :

فأطراف عملية الايجار التمويلى ثلاث أشخاص هم : المؤجر ، والمورد ، والمستأجر فلا قيام لعقد ايجار تمويلى إذا إتحدت صفة المؤجر والمورد فى شخص واحد .

وتتكون عملية الايجار التمويلى من عقدين هما عقد التمويل وطرفاه المؤجر والممول وعقد الايجار التمويلى وطرفاه المؤجر المستأجر والعقدين مرتبطين اقتصاديا ارتباطًا لا يقبل التجزئة ومرتبطين قانونا فى مسائل نصت عليها الاتفاقية على سبيل الحصر مثل ما نصت عليه المادة ١١ من الاتفاقية بأنه لا يجوز المساس بحقوق المستأجر الناشئة عن عقد التمويل بموجب هذه الاتفاقية بتعديل أى لفظ أيا ما كان فى عقد التمويل السابق الموافق عليه ما لم يكن المستأجر قد وافق على هذا التعديل ، حق المستأجر فى الرجوع مباشرة على المورد وفقا لنص م١٠ من الاتفاقية رغم أن ليس طرفا فى العقد[1] والتى تنص : « يمكن للمستأجر أن يطلب من المورد تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد التمويل كما لو كان المستأجر طرفا فى هذا العقد وكما لو كان الشىء المبيع كان يجب تسليمه إليه مباشرة » .

محل عملية الايجار التمويلى فى عقديه المركبين وهما عقد التمويل وعقد الايجار شىء واحد وطبيعتها منقول مادى فلا يجوز وفقا للاتفاقية أن يكون

---

(١) انظر لاحقا .

محلها منقولا معد للاستعمال الشخصى أو العائلى أو المنزلى م١/٤ بالاتفاقية ولا يجوز أن يكون منقولًا معنويًا مثل المحل التجارى ولا يجوز أن يكون عقارًا .

وعليه يمكن القول بأن عناصر عملية الايجار التمويلى أو عقد الايجار التمويلى مجتمعه تكون عقدًا متميزًا ومستقلًا فهو عقد غير مسمى مركب ذو طبيعة خاصة .

وقد نصت القواعد المادية لهذا العقد الذى تناولته الاتفاقية بالتنظيم ما يؤكد هذه الاستقلالية لذلك العقد وذلك ما سنعرضه فى الفصل التالى .

الفصل الثالث
القواعد المادية أو الموضوعية
فى عقد الإيجار التمويلى وفقا لاتفاقية أتاوه

أشار واضعوا اتفاقية أتاوه فى ديباجتها أن غايتهم تحقيق التوازن بين مصالح مختلف أطراف عمليه الإيجار التمويلى والذى يتميز بأن أطرافه ثلاث المورد والمؤجر والمستأجر . وأن القواعد الموحده التى تحكم الايجار التمويلى تنتمى بصفة أساسية للقانون المدنى والقانون التجارى .

وفى بحثنا حول بيان القواعد الموضوعية أو المادية فى عقد الإيجار التمويلى سيكون من خلال تحديد المركز القانونى لكل طرف من أطراف عقد الإيجار التمويلى من حيث الحقوق والالتزامات ولما كانت الاتفاقية قد خلت من أى نص يقرر حقا للمورد تجاه المؤجر أو المستأجر ولكى تنص على التزامات عليه بتنفيذ عقد التمويل لصالح المستأجر لذلك فإننا سنتناول المركز القانونى للمؤجر ، ثم للمستأجر وبمناسبة عرضنا للمركز القانونى للمستأجر سنعرض للممول . وذلك هو اتجاه الاتفاقية .

المبحث الأول

المركز القانونى للمؤجر

أ : حقوق المؤجر فى عقد الإيجار التمويلى وفقا لاتفاقية أتاوه

يتمتع المؤجر بالملكية القانونية للأموال محل عقد الإيجار التمويلى . ويمتلك حقوق عينية على هذه الأموال . كما يتمتع المؤجر بحقوق شخصية فى مواجهة المستأجر للحصول على الوفاء بالأجرة .

الحقوق العينيه التى للمؤجر :

وتنص المادة ١/٧ بند أ من إتفاقيه أتاوه على أن : « يحتفظ المؤجر بحقوقه العينية على المنقولات ويحتج بها فى مواجهة سنديك التفليسه ودائنى المستأجر وأيضا على الدائنين حاملى سندات تنفيذية أو نهائية » .

وهذا النص يقرر مبدأين أساسيين هما :

- أن المؤجر يمتلك حقوق عينية على المال محل عقد الإيجار التمويلى .

- يؤكد ، وفقا لنظرية الملكية القانونية أن الحقوق العينيه التى للمؤجر سارية ونافذة فى مواجهة الكافة erga omnes .

لم تبد اتفاقية أتاوه رأيا حول طبيعة أو نطاق الحقوق العينية التى للمؤجر على المال محل عقد الإيجار التمويلى . إلا أن طبيعه أو نطاق الحقوق العينية يحددها القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة بإعمال قواعد التنازع[1] .

---

(١) انظر لاحقا المبحث الثالث القانون الواجب التطبيق على الحقوق العينية التى للمؤجر على المنقول محل عقد الإيجار التمويلى ص

الحق فى الوفاء بالأجرة :

تمثل الأجرة أحد أركان عقد الإيجار التمويلى وفى ذلك نصت المادة ١/١ بند ب من اتفاقية أتاوه بأن المؤجر يبرم عقد إيجار تمويلى مع المستأجر يفوضه الحق فى استعمال المنقولات مقابل التزامه بدفع ثمن الأجرة .

كذلك نصت المادة ٢/١ بند ج من الاتفاقية على معيار تحديد الأجرة فى عقد الإيجار التمويلى وذلك بأن تحسب الأجرة المنصوص عليها فى عقد الإيجار التمويلى ، أخذه فى الإعتبار على وجه الخصوص الاستهلاك الكلى أو الجزء الأعظم من ثمن الأجرة .

وقد نصت المادة ١٣ من الاتفاقية على الجزاءات المقررة لصالح المؤجر حال إخلال المستأجر بالتزامه الجوهرى فى سداد الأجرة وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة عشر على المبدأ فى حالة تخلف المستأجر عن الوفاء بأنه يمكن للمؤجر تحصيل أقساط الإيجار المستحقة والمتأخرة وأيضًا فوائد التأخير والتعويضات .

وبالنسبة لفوائد التأخير يثور السؤال حول تاريخ حسابها بعض التشريعات تشترط إعذار المدين بها ويتحملها من تاريخ هذا الاجراء ، وهناك تشريعات لا تشترط الاعذار .

ولما كانت المادة ٢/٦ من إتفاقية أتاوه تنص على أن المسائل التى لم تفصل فيها الاتفاقية صراحة تخضع للمبادئ العامة التى ترشد إليها . ولما كانت مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية المواد ٧ و٤ و٩ تقرر أن حساب فوائد التأخير تحسب من تاريخ الاستحقاق .

وفى حالة عدم وجود هذه المبادئ يكون القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد القانون الدولى الخاص (م٢/٦ من الاتفاقية) .

وتذهب غالبية النظم القانونية إلى أن الحق فى حساب فوائد التأخير يحسب من تاريخ استحقاقها وهو تاريخ تخلف المدين عن الوفاء دون اشتراط الأعذار . وهذا الحل هو ما تضمنته مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية إلا أنها لا تسرى إلا من تاريخ المطالبة بها م٢٢٦ من القانون المدنى المصرى[١] .

ويثور السؤال حول صحة الشروط الجزائية **les clauses penales** التى جرت العادة على إدراجها فى كثير من عقد الإيجار التمويلى ، وفى ذلك تنص المادة ٣/١٣أ من الاتفاقية على أن : « عقد الإيجار التمويلى يمكن أن يحدد شكل حساب التعويضات التى يمكن تحصيلها » ومفهوم نص المادة المذكورة يؤكد على مبدأ صحة وشرعية الشروط الجزائية . إلا أن نص الفقرة التالية من نفس المادة (م٣/١٣ب) وضع تحفظا أو ضابطا فى تحديد المعيار نص على : « هذه الأحكام صحيحة بين الأطراف ما لم تصل إلى تعويض مبالغ فيه فيما يتعلق بتقدير التعويضات عن استثمار الشىء المبيع كما لو كان المستأجر نفذ عقد الإيجار التمويلى بطريقة مناسبة .

وعلى ذلك يمكن القول أن اتفاقية أتاوه قننت مبدأ الشروط الجزائية فى عقد الإيجار التمويلى لصالح المؤجر حال تخلف المستأجر عن أداء الاجرة (م١/١٣أ) إلا أن الاتفاقية وضعت تحفظا أو ضابطا فى تحديد التعويض وهو عدم المغالاة (م١/١٣ب) وفى ذلك ضمانه مقررة لصالح المستأجر وتخضع مسألة عدم المغالاة باعتبارها مسألة واقع لتقدير القاضى أو المحكم .

---

(١) المادة ٧- ٤- ١٠ مشار إليها فى الترجمة العربية لمبادئ العقود التجارية الدولية اليونيدروا – اعداد مكتب الشلقانى الطبعة الأولى عام ٢٠٠٠. ص٣٢٥.

الحق فى التعويض بسبب تأخر المستأجر عن أداء الأجرة :

منحت الاتفاقية المؤجر فى الحق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به الناتجة عن تخلف المستأجر فى الوفاء بالإيجار أو فوائد التأخير أو غيرها من التعويضات بشرط أن يتخذ التدابير الضرورية لتقليل ضرره .

وفى ذلك نصت المادة ٦/١٣ على : « لا يجوز أن يطالب تعويضات فى هذا الشأن ما دام لم يتخذ التدابير الضرورية من أجل تقليل ضرره » .

ويمكن القول أنه يوجد ثلاث مفترضات لطلب المؤجر بالتعويضات قبل المستأجر وهى :

إثبات أداءه بإتخاذ التدابير اللازمة من أجل تخفيف الأضرار .

أنه لا يقبل من المؤجر المطالبة بتعويض عن ضرر مفترض أو بسبب مجرد تأخير المستأجر فى أداء أقساط الأجرة فى مواعيد استحقاقها .

التناسب بين الأضرار التى لحقت المؤجر ومبلغ التعويض المطالب به من المستأجر .

فسخ عقد الإيجار التمويلى أو المطالبة بسداد باقى أقساط الأجرة قبل ميعاد استحقاقها :

تمنح اتفاقية إتاوة (م٢/١٣) المؤجر فى حالة تخلف المستأجر الكلى عن الوفاء حقين فى مواجهة المستأجر هما :

١ - أن يطالب المستأجر بسداد أقساط الأجرة المتبقية قبل ميعاد استحقاقها إذا كان عقد الإيجار التمويلى ينص على ذلك .

٢ - أو أن يفسخ عقد الإيجار التمويلى وله بعد الفسخ :

أ - أن يسترد الشيء محل عقد الإيجار التمويلى .

ب - المطالبة بالتعويضات عن استثمار الشيء محل عقد الإيجار كما لو كان المستأجر نفذ عقد الإيجار التمويلى بطريقة مناسبة .

ووفقا لنص م ٢/١٣ فإنه لا يجوز للمؤجر أن يجمع بين الحقين ولكن له الخيار بين أحدهما .

كما أنه بالنسبة لحق الفسخ المقرر للمؤجر له ميزتين أولهما لا يشترط أن ينص فى عقد الإيجار التمويلى صراحة على الشرط الفاسخ فيلجأ إليه المؤجر استنادًا إلى حكم الاتفاقية .

والميزة الثانية أن حق الفسخ يمارسه المؤجر دون اشتراط أن يسبقه حكم قضائى أو تحكيمى .

وقد وضعت الاتفاقية ضوابط (م ٤/١٣) من حيث الآثار المترتبة على الفسخ المقرر للمؤجر وهى أنه عندما يقوم المؤجر بفسخ عقد الإيجار التمويلى لا يجوز له التمسك بشرط الدفع المقدم لأقساط الإيجار المستحقة المنصوص عليها فى العقد لكن قيمه هذه الأقساط تأخذ فى الاعتبار عند حساب التعويضات التى يمكن أن تستحق وفقا لنص م ١٣ فقره ٢ب .

كما أن الاتفاقية اعتبرت حكم المادة ٤/١٣ وفقا لما جاء بعجز المادة المذكور أنها تتعلق بالنظام العام فقد نصت على أنه : « لا يجوز للأطراف إستثناء أى حكم من الفقرة المذكورة ولا تعديل آثارها » .

وقد نصت الاتفاقية على شرطين لقبول ممارسة المؤجر حقه المقرر وفقا لنص م ١٣ وهما :

الشرط الأول : أن يكون عجز المستأجر عن الوفاء بالأجرة عجزًا جوهريًا defaillance substantielle .

ومن مظاهر هذا العجز توقف المستأجر عن نشاطه أو تجاوز مديونيته لأصوله.

أما مجرد تأخير المستأجر عن سداد الأجرة لأسباب مالية أو إدارية مؤقتة لا تعنى عجزًا جوهريًا .

والشرط الثانى : نصت على المادة ٥/١٣ بأنه لا يجوز للمؤجر المطالبة بالسداد أو الوفاء عن أقساط إيجار لم تستحق ولا أن يفسخ عقد الإيجار التمويلى بموجب الفقرة ٢ ، إلا إذا قدم إلى المستأجر فرصة مناسبة ليعالج عجزه عن الوفاء مادام هذا العلاج ممكنا .

إعفاء المؤجر من المسئولية :

تقرر اتفاقية أتاوة على مبدأ إعفاء المؤجر من المسئولية المتعلقة بالمنقول محل عقد الإيجار التمويلى وفى ذلك تنص م ١/٨أ على أنه : «مع احترام أحكام هذه الاتفاقية واشتراطات عقد الإيجار التمويلى يعفى المؤجر من أى مسئولية تقع للمنقول بسبب المستأجر» .

وكما نصت م ١/٨ب على أنه : «يعفى المؤجر بصفته مؤجرًا من مواجهة الغير من كل مسئولية بسبب الوفاة ، والأضرار التى تلحق بالأشخاص أو الأموال بسبب المنقول» .

ويعكس هذا المبدأ الجانب أو السمه التمويلية لدور المؤجر فى عقد الإيجار التمويلى .

وهذه النصوص لا مثيل لها فى عقد الإيجار التقليدى الذى تقننه النظم القانونية المختلفة ففى القانون المدنى المصرى تدور التزامات المؤجر حول خمس

التزامات رئيسية وهى تسليم العين المؤجرة (م ٥٦٦ والمواد ٥٦٤-٥٦٦ مدنى) ، وتعهده بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التى سلمت بها (المواد ٥٦٧-٥٦٨) ، وتحمله التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة (م ٣/٥٦٧) .

وضمان تعرضه المادى والقانونى وتعرض الغير القانونى م ٥٧١ ، ٥٧٢، وضمان العيوب الخفية التى تحول دون الانتفاع بالمنقول أو الانتفاص منه ٥٧٦ .

وأيضًا القانون المدنى الفرنسى تنص المادة ١٧١٩ منه على ثلاث التزامات رئيسية للمؤجر وهى التسليم ، والالتزام بالصيانة ، وتمكين المستأجر من الانتفاع الهادئ بالمال .

ويفقد المؤجر ميزة الإعفاء من المسئولية إذا فقد الصفة أو الطابع التمويلى فى علاقته التعاقدية مع المستأجر وذلك ما تؤكده النصوص :

فالمادة ٨/١أ والتى تنص فى مقدمتها على مبدأ أعفاء المؤجر من أى مسئولية تقع للمنقول بسبب المستأجر تسحب هذه الميزة فى عجز نفس المادة بالنص : « إلا فى حالة أن يلحق المستأجر ضررًا ناتج بسبب تدخل المؤجر فى إخيار المنقول أو مواصفاته أو مموله » .

وأيضًا المادة ٨/١ب التى تنص على إعفاء المؤجر فى مواجهة الغير بسبب المنقول ... نصت مباشرة الفقرة ج. التى تليها على أن « أحكام هذه الفقرة لا تقضى بمسئولية المؤجر إذا أخذ صفة أخرى كما لك مثلا » .

وأيضًا المادة ٥/١٢ من الاتفاقية تستبعد إعفاء المؤجر من المسئولية إذا كان عدم التسليم غير مطابق وكان ذلك ناتجا عن فعل أو إهمال المؤجر فإن ذلك الخطأ يسمح للمستأجر المطالبة بتعويضات كاملة عما لحق به من ضرر .

ب – التزامات المؤجر فى عقد الإيجار التمويلى وفقًا لاتفاقية أتاوه :

– نصت اتفاقية أتاوه على التزامين على المؤجر فى عقد الإيجار التمويلى وهما : الالتزام بالتسليم والالتزام بضمان الاستحقاق باعتبارهما يمثلان جوهر التزامات المؤجر فى عقد الإيجار التمويلى .

– وأغفلت الاتفاقية ذكر التزامين يعتبرا من الالتزامات الجوهرية فى عقود الإيجار العادية وهما التزام المؤجر بالصيانة (المواد ٥٦٧ ، ٥٦٨ من القانون المدنى) والالتزام بضمان العيوب الخفية (م٥٧٦ من القانون المدنى) ، وإغفال هذين الالتزامين يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد الإيجار التمويلى فقد جرى عرف شركات الإيجار التمويلى على نقل الإلتزام بالصيانه من على عاتق المؤجر ليقوم به المستأجر كإلتزام عليه وذلك يوجب شرط صريح ، ونظرًا لأن المستأجر ، فى عقد الإيجار التمويلى ، هو الذى يختار المورد أو المقاول الذى سيتعاقد معه المؤجر فى عقد التمويل ، كما يختار المنقولات محل عقد الإيجار (م ٢ فقرة أ ، ب فى الاتفاقية) فإنه لا محل ولا وجه لالزام المؤجر بضمان العيوب الخفية عن شىء لم يختاره ولم يختار مورده .

لذلك سيقتصر بحثنا على التزامات المؤجر الواردة باتفاقية أتاوه وهما :

التزام المؤجر بالتسليم ، والتزام المؤجر بضمان الإستحقاق .

التزام المؤجر بالتسليم Obligation de délivrance :

يعتبر التزام المؤجر بتسليم المال المؤجر إلى المستأجر الالتزام الجوهرى الأول لكى يبدأ تنفيذ عقد الإيجار .

وقد نصت م١/١ ب من الاتفاقيه على هذا الالتزام بأن يقوم المؤجر بإبرام عقد تأجير تحويلى مع المستأجر يفوضه الحق فى استعمال المنقولات مقابل دفع

ثمن الأجرة .

ووفقا لنص المادة المذكورة فإن موضوع عقد الإيجار هو تفويض المؤجر المستأجر الحق فى استعمال المنقولات ولا يمكن أن يتحقق هذه الموضوع إلا بقيام المؤجر بتنفيذ التزامه بالتسليم .

وقد نصت المادة م ١/١ من الاتفاقية على الجزاء المقرر فى حالة اخلال المؤجر بتنفيذ التزامه بالتسليم سواء بعدم التسليم أو حالة التأخير فى التسليم أو أن يكون التسليم غير مطابق لعقد التمويل .

وذلك بحق المستأجر فى رفض استلام الشىء أو فسخ عقد الإيجار التمويلى (م ١٢/١أ) أو حق المستأجر فى الأمتناع عن دفع الأجرة المنصوص عليها فى عقد الإيجار التمويلى حتى يقوم المؤجر بالعدول عن عدم تنفيذ التزامه بتسليم الشىء المؤجر وفقا لعقد التمويل (م ٣/١٢) .

ولم يتضمن القانون المصرى رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ نصوصا مقابلة إلا نص م٨ والذى ينص على أنه : « إذا أبرم عقد تأجير تمويلى وأذن المؤجر للمستأجر باستلام المال موضوع العقد مباشرة من المورد أو المقاول فيجب أن يكون الاستلام وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها بموجب محضر يثبت فيه حالة المال المؤجر وما به من عيوب إن وجدت » ويبرر الفقه[١] هذا الإغفال من المشرع بظروف عقد الإيجار التمويلى التى تتمثل فى أن اختيار المال المؤجر والمورد أو المقاول يتم غالبا بواسطة المستأجر والحقيقة أننا نرى أن هذا التبرير غير مقبول فى أغفال النص صراحة على الالتزام الأول للمؤجر أو عن الجزاءات المقررة للإخلال بذلك الالتزام ونرى أن صياغه الاتفاقية أكثر توفيقًا من موقف التشريع المصرى .

---

(١) د . عبد الرحمن السيد قرمان ، عقد التأجير التمويلى ، طبعة ١٩٩٥م .

الالتزام بضمان الاستحقاق La garantie d'eviction :

إذا نجح المؤجر فى دفع تعرض الغير ، فإنه يكون قد نفذ التزامه تنفيذًا عينيا وليس للمستأجر أن يرجع عليه بشىء .

أما إذا أخفق المؤجر فى دفع هذا التعرض فقد حق عليه ضمان الاستحقاق .

وقد تناولت اتفاقية أتاوه ضمان الاستحقاق فى عقد الإيجار التمويلى بقواعد موضوعية وقواعد تنازع نعرض لها :

القواعد الموضوعية لضمان الاستحقاق فى عقد الإيجار التمويلى وفقا لاتفاقية أتاوه :

تنص المادة ٢/٨ من الاتفاقية على أن يضمن المؤجر المستأجر المطالبة باستحقاق حيازة هادئة أو أى تعرض للحيازة من أى شخص له حق ملكية أو حق أعلى أو يتمسك بحق من خلال إجراء قضائى ما لم يكن هذا الحق أو هذا الإدعاء ناتج عن عمل أو إهمال المستأجر .

وتنص المادة ٣/٨ من الاتفاقية على أن لا يجوز للأطراف مخالفة أحكام الفقرة السابقة أو أن يعدلوا من أثارها متى كان الحق أو الإدعاء ناتج عن عمل أو إهمال عمدى من المؤجر أو من خطأه الجسيم ويعتبر النصين السابقين القواعد الموضوعية لضمان الاستحقاق فى عقد الإيجار التمويلى كما أنهما يبينان شروط رجوع المستأجر بضمان الاستحقاق وذلك ما سنتناوله .

شروط رجوع المستأجر بضمان الاستحقاق[1] :

(١) أن يكون هناك إستحقاق أى يتقرر للغير المتعرض حق يتنافى مع إنتفاع

(١) د . سعيد جبر ، عقد الإيجار ، طبعة ٢٠٠٠م، ص١٣٠ .

المستأجر بالعين المؤجرة ، يستوى أن يكون الحق عينيًا كما إذا حكم بملكيه الغير للعين المؤجرة ، أو شخصيا كما إذا حكم بأفضلية مستأجرا أخر على المستأجر الذى حصل له التعرض .

(٢) أن يترتب على تقرير هذا الحق للغير إخلال فعلى بإنتفاع المستأجر بالعين لأن مجرد تقرير حق للغير قد لا يؤدى فى حد ذاته إلى حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين ، ولا أى نقص لهذا الانتفاع ، مثال ذلك أن يحكم للغير بملكيه العين المؤجرة ، ولكن هذا الأخير يقر حق المستأجر ويمكنه فى ذلك [باستمرار عقد الإيجار التمويلى بنفس شروطه ويحل محل المؤجر] هنا لا يكون للمستأجر أن يرجع على المؤجر بالضمان لأن ثبوت حق الغير على العين ، لم يؤد إلى إخلال فعلى بإنتفاع المستأجر .

وقد حرصت الاتفاقية على إشتراط حدوث إخلال فعلى بالانتفاع ولم تكتف بإمكانية وقوعه (نفس الحكم وارد فى م ٢/٥٧٢ من القانون المدنى المصرى) .

(٣) ألا يكون الاستحقاق راجعا إلى خطأ المستأجر ، فإذا كان الغير قد نجح فى تعرضه وحكم له بحقه على العين نتيجة تقصير المستأجر فى إخطار المؤجر بحصول التعرض مما ترتب عليه عدم إتاحة الفرصة لهذا الأخير فى دفع التعرض فإن المستأجر لا يكون له رجوع بضمان الاستحقاق على المؤجر .

أما إذا كان اخفاق المؤخر فى دفع هذا التعرض برجع إلى سلوكه الذى تجاوز الخطأ البسيط إلى درجة الإهمال العمدى أو الخطأ الجسيم والذى ترتب عليه ضمان الاستحقاق لصالح المستأجر فإن الاتفاقيه إعتبرت فى هذه الحالة أن القواعد الموضوعية المنظمة لضمان الاستحقاق تتعلق بالنظام العام وفى ذلك نص

م ٣/٨ على أنه : « لا يجوز للأطراف مخالفة أحكام الفقرة السابقة أو أن يعدلوا من أثارها متى كان الحق أو الإدعاء ناتج عن عمل أو اهمال عمدى من المؤجر أو خطأه الجسيم » .

وقد نصت المادة ١٤ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على التزام المؤجر بالضمان وذلك بأن يكون المؤجر مسئولًا عن أفعاله أو تصرفاته التى تؤدى إلى غلط فى إختيار الأموال المؤجرة ، أو تمكين المورد أو المقاول أو الغير من التعرض للمستأجر على أى وجه فى الانتفاع بالأموال المؤجرة » .

ويعيب النص المصرى أنه لم يرق بالتزام المؤجر بالضمان بجعله يتعلق بالنظام العام على النحو الذى جاءت به الاتفاقية إلا أنه على غرار ما جاءت به اتفاقية أتاوه فقد أغفل النص بيان ما يرجع به المستأجر على المؤجر فى ضمان الاستحقاق .

ووفقا للقواعد المقررة فى التقنين المدنى المصرى فإن للمستأجر رفع دعوى ضمان الاستحقاق ضد المؤجر فى حالة توافر شروطها يطالبه فيها بفسخ عقد الإيجار أو أن يطالبه بنقص الأجرة بما يقابل نقص الانتفاع بالعين أم التعويض فيمكن أن يجمع المستأجر بينه وبين الفسخ أو نقص الأجرة وذلك متى توافرت شروطه طبقا للقواعد العامة (م٥٧٢/٢ بالنص المدنى) .

إلا أنه فى رأينا لا يجوز أن يطالب المستأجر فى عقد الإيجار التمويلى بنقص الأجرة بما يقابل نقص الانتفاع بالعين لان ذلك الحل لا يتفق مع الطبيعة التمويلية لدور المؤجر فى عقد الإيجار التمويلى . ولا يتفق مع عقد الإيجار التمويلى ذو الطبيعة الخاصة ، أطرافه الثلاث المورد ، والمؤجر المستأجر .

وأن ما لا يجوز له أن يرجع به المستأجر على المؤجر فى دعوى ضمان الاستحقاق فى اطار عقد الإيجار التمويلى هو طلب الفسخ إذا توافرت شروطها

فى اطار عقد الايجار التمويلى هو طلب الفسخ وقد حددت المادة ٤/١٢ حدت هذا الحق بالنص عليه « عند قيام المستأجر بفسخ عقد الإيجار التمويلى فإنه يسترد جمع أقساط الإيجار والمبالغ الأخرى التى دفعها كمقدم مخصومًا منها مبلغًا معقولًا مقابل الفائدة التى إستطاع فرضا أن يحصل عليها من الشىء المؤجر .

القانون الواجب التطبيق :

– تنص المادة ٤/٨ من اتفاقية أتاوه على أن أحكام الفقرة ٢ ، ٣ والخاصين بضمان الاستحقاق لا يمسان أى التزام بضمان أكبر بعدم التعرض للحيازه يلتزم به المؤجر وفقا للقانون الواجب التطبيق بموجب قواعد القانون الدولى الخاص ولا يجوز له مخالفتها .

والقانون الذى تعينه قواعد التنازع يمكن أن يستبعد أى شرط يقيد ضمان الاستحقاق . فتنازع القوانين المتعلقة بضمان الاستحقاق تكون من ناحية المبدأ شرط تعاقدى « lex contractues » .

– وتنص المادة ٢٠ من الاتفاقية بأنه يمكن للدول المتعاقدة عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو موافقتها أو إنضمامها للاتفاقية أن تعلن أنها ستستبدل الفقرة ٣ من المادة الثانية من الإتفاقية الخاصة بضمان الاستحقاق بقانونها الداخلى المنظم لضمان الاستحقاق إذا كان هذا القانون لا يسمح للمؤجر بأن يعفى نفسه من تبعه خطأه أو إهماله .

ونتيجة خيار الاستبدال الذى منحته الاتفاقية للدول الإعضاء فى الاتفاقية هو تقييد الشروط المقيدة من ضمان الاستحقاق .

وبعبارة أخرى فإن الدول تستطيع استبدال شرط العمل أو الاهمال العمدى من المؤجر أو خطأه الجسيم (م ٣/٨) بالاكتفاء بالخطأ أو الاهمال .

- واعمالا لنص المادة ٢٠ من الاتفاقية طلبت فرنسا وروسيا إستبدال الفقرة ٣ من المادة الثامنة وأصبح نص الفقرة ٣ من المادة الثامنة بعد الاستبدال كما يلى :

« لا يجوز للأطراف مخالفة أحكام الفقرة السابقة (الفقرة ٢ من المادة الثامنة) أو أن يعدلوا من آثارها من كان الحق أو الادعاء ناتج عن خطأ أو إهمال من المؤجر » .

المبحث الثانى

المركز القانونى للمستأجر

منحت اتفاقية أتاوه المستأجر الحق فى التقاضى أو التصرف أو التعامل مباشرة مع المورد بخصوص المال محل عقد الإيجار التمويلى حيث قدرت أن المورد ينفذ بطريق غير مباشر التزاماته التعاقدية لصالح المستأجر . وفى المقابل المستأجر ملزما بالوفاء بدفع الأجرة .

أ – حقوق المستأجر

تناولت المواد من ١٠ – ١٢ من اتفاقية أتاوه بيان حقوق المستأجر فى عقد الإيجار التمويلى .

وهذه المواد أخذت فى إعتبارها صالح المستأجر ، فى منظومة العلاقة الثلاثية لأطراف عملية الإيجار التمويلى .

اعطت اتفاقية أتاوه للمستأجر حق مباشر فى مواجهة المورد . كما نظمت من جانب آخر حقوق المستأجر فى مواجهة المؤجر فى حالة تأخر تنفيذ عقد التمويل أو تنفيذه على نحو مخالف لما هو وارد بعقد التمويل أو عدم تنفيذ عقد التمويل كله .

الدعوى المباشرة :

تنص م١٠/١ من الاتفاقية على أنه : « يمكن للمستأجر أن يطلب من المورد تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد التمويل كما لو كان المستأجر طرفا فى هذا العقد ،

وكما لوكان الشيء المبيع كان يجب تسليمه إليه مباشرة إلا أن الممول لا يكون مسئولاً فى مواجهة المؤجر والمستأجر عن نفس الأضرار » .

ذلك نص يقرر حق المستأجر فى إقامة دعوى مباشرة ناشئة عن مسئولية تعاقدية فى مواجهة الممول . وفهم هذه المادة واستيعاب حكمها يقتضى ربطها بنص المادة ١/٨ من الاتفاقية والتى تنص على : « مع احترام أحكام هذه الاتفاقية واشتراطات عقد الإيجار التمويلى يعفى المؤجر من أى مسئولية تقع للمنقول بسبب المستأجر إلا فى حالة أن يلحق المستأجر ضررًا ناتج بسبب تدخل المؤجر فى إختيار المنقول أو مواصفاته أو مموله » .

وتتضح الطبيعة القانونية لمركز كل من الثلاثى أطراف عمليه الإيجار التمويلى بنص المادة ٢ من الاتفاقية فهى وإن كانت تقرر خضوع عقود الإيجار التمويلى من الباطن لاحكام الاتفاقية إلا أنها تؤكد على ثبات استقرار المركز القانونى للمؤجر بإعتباره ممول وذلك بالنص : « فى حالة إبرام عقد إيجار تمويلى أو أكثر من الباطن تتعلق بنفس المنقولات فإن الاتفاقية تطبق على كل عقد من هذه العقود ويخضع كل عقد إيجار تمويلى من الباطن لأحكام هذه الاتفاقية باعتبار أن شخص المؤجر الأول كما هو محدد فى الفقرة الأولى من المادة السابقة ، مالك المنقولات هو الممول وباعتبار أن عقد تملك المنقول هو عقد تمويل » .

ومن خلال هذا النصوص يتضح بجلاء أن دور المؤجر فى عمليه الإيجار التمويلى ليس إلا دور تمويلى . وأن حق المستأجر فى الدعوى المباشرة ضد الممول ليست من تطبيقات نظرية الحلول العينى أو الشخصى التى تعرفها النظم القانونية ، كما أن المنطق القانونى يرفض منح المستأجر مكنه الدعوى المباشرة عن علاقة تعاقدية هو أجنبى عنها فهو ليس طرفا فى عقد التمويل كما أن موضوع

عقد التمويل ليس هو موضوع عقد الإيجار التمويلى لكن الأساس القانونى لتخويل المستأجر سلطه أو مكنه الدعوى المباشرة هو وحده عمليه الإيجار التمويلى وأن أطرافها ثلاث وأنها عقد مركب من طبيعه خاصة وإن تشابه كل عقد من عقوده مع العقود المسماه إلا أن عقوده فى إطار منظومه عمليه الإيجار التمويلى هى عقد قانونى متميز ومنفرد وله أحكامه الخاصة . ومركز المستأجر فيه ليس هو مركز المستأجر فى عقود الإيجار التقليدية أو المسماه .

ويعتبر ذلك النص إستثناء على قاعدة نسبية أثار العقد ذلك أن المستأجر أجنبى عن عقد التمويل المبرم بين المؤجر والممول إلا أن تبرير ذلك الاستثناء هو الطبيعة المركبة والخاصة لعملية الإيجار التمويلى .

ويعتبر ذلك النص حلًا لكثير من المشكلات والخلافات الفقهية والقضائيه فى كثير من النظم القانونية المقارنة ومنها فرنسا حول طبيعة الشرط الذى يدرج فى عقود التأجير التمويلى ، والذى بمقتضاه تخول الشركات المؤجرة الحق للمستأجر فى أن يرجع على الممول أو المقاول بالدعاوى الناشئة عن عقد البيع أو عقد مقاولة إنشاء المبانى . حيث اختلف الرأى حول تكييف هذا الشرط وما إذا كان نوع من حواله الحق أو الحلول أو الإنابة أو الاشتراط لمصلحة الغير . كما قد ثار الخلاف أيضًا حول نطاق ما يتمتع به المستأجر من حقوق نتيجة هذا الشرط[1] .

كما تعتبر الدعوى المباشرة ضمانه للمستأجر فى مواجهة الممول والمؤجر لحماية المستأجر من احتمال تواطؤ الممول مع المؤجر للاضرار بحقوق المستأجر وضمانه ثانية أيضًا للمستأجر فى مواجهة تقاعس الممول فى حالة عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك إذا ما إرتبط رجوع المستأجر على الممول بموافقة المؤجر

(١) د . هانى دويدار ، المرجع السابق ، ص٣٢٩ ، د . عبد الرحمن قرمان المرجع السابق ص١٣٢ .

الذى قد لا يوافق أحيانًا بقصد الاضرار أو نتيجة إهماله مما يترتب عليه الاضرار بالمستأجر .

ووفقًا لنص م ١/١٠ من الاتفاقية فلا علاقة لرجوع المستأجر على الممول بموافقة المؤجر ولكن للمستأجر حق الدعوى المباشرة تجاه الممول للمطالبة باسمه بجميع حقوق المؤجر الناشئة عن عقد التمويل المبرم بينه وبين الممول . ولكن يثور السؤال عن نطاق الدعوى المباشرة .

نطاق الدعوى المباشرة :

يتضح من نص المادة ١٠ من الاتفاقية أنه يجوز للمستأجر بطريق الدعوى المباشرة مطالبة الممول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد التمويل كما لو كان المستأجر طرفا فى عقد التمويل وكما لو كان الشىء المبيع كان يجب تسليمه إليه مباشرة فله أن يطال الممول بالتنفيذ العينى بتسليم الأموال المؤجرة أو إصلاح العيوب الموجودة فيها أو التعويض فى حالة الامتناع وله المطالبة بالتعويض عن التأخير فى تسليم الأموال المؤجرة وله المطالبة بالضمان المقرر للمؤجر فيطالب بانقاص الثمن نتيجة العيب فى صناعة المال المؤجر أو لنقص فيه .

إلا أن الدعوى المباشرة ليست مانعًا من حق المؤجر فى الرجوع على الممول بإخلاله بعقد التمويل ذلك أن رجوع المستأجر قد لا يستغرق كل حقوق المؤجر تجاه الممول . إلا أنه يجدر التنبيه .

كما يتسع نطاق الدعوى المباشرة بحق المستأجر فى أن يطلب فسخ أو إلغاء عقد التمويل إلا أن هذا المطلب قيدته الاتفاقية (م٠ ٢/١) بشرط موافقة المؤجر . ولم تشترط الاتفاقية أى شكل خاص لموافقة المؤجر على دعوى الفسخ أو البطلان .

وفى فرنسا كانت شركات التأجير التمويلى تدرج فى العقد شرطا صريحا لا يسمح للمستأجر باستعمال دعوى الفسخ المقرره للمؤجر ، وحتى فى الحالات التى كان ينص فيها بصيغة عامة على حق المستأجر فى الرجوع نيابة عن المؤجر بجميع الدعاوى المقرره للمؤجر تجاه الممول كان القضاء والفقه الفرنسيين يترددان فى إعتبار ذلك يشمل دعوى الفسخ .

وفى مصر أخذ المشرع فى تنظيمه لعقد الإيجار التمويلى بذلك فنصت المادة ١٣ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على حق المستأجر فى الدعوى المباشرة فى الرجوع على المورد ولكن استثنت من نطاقها دعوى الفسخ[(١)] .

و « للمستأجر أن يرجع مباشرة على المورد أو المقاول بجمع الدعاوى التى تنشأ للمؤجر عن العقد بينه وبين المورد أو المقاول ، فيما عدا دعوى فسخ العقد ، وذلك دون إخلال بحقوق المؤجر فى الرجوع على المورد أو المقاول فى هذا الشأن » . وقيل فى تبرير استثناء دعوى الفسخ من نطاق الدعوى المباشرة ، أنه يحافظ على مصلحة المؤجر حيث لا يسمح للمستأجر بطلب فسخ عقد البيع وبالتالى يستطيع التحلل من عقد التأجير التمويلى إذا يترتب على الفسخ استرداد المورد (البائع) للأموال المؤجرة إعمالا للأثر الرجعى للفسخ وضرورة الرجوع بالمتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد . هذا بالإضافة إلى أن السماح للمستأجر بطلب الفسخ دون الرجوع إلى المؤجر فيه اهدار لحقوق المؤجر إذا ما أراد الرجوع على المورد أو المقاول حيث لا يستطيع الرجوع على أساس عقد البيع أو المقاولة ؛ لأنه تم فسخ العقد وبالتالى زواله بأثر رجعى[(٢)] .

---

(١) د . هانى دويدار رقم ٣١٧ وما بعده ، عبد الرحمن قرمان ص١٣٥ .

(٢) راجع مضبطة مجلس الشعب جلسة ٨٢ مايو ١٩٩٥ .

احترام حقوق المستأجر الناشئة عن عقد التمويل :

تنص المادة ١١ من اتفاقية اتاوه على أنه : « لا يجوز المساس بحقوق المستأجر الناشئة عن عقد التمويل بموجب هذه الاتفاقية بتعديل أى لفظ أيا ما كان فى عقد التمويل السابق الموافقة عليه ما لم يكن المستأجر قد وافق على هذا التعديل » .

وفى هذا النص تقرر اتفاقية أتاوه بحق مباشر للمستأجر فى مواجهة الممول بعدم المساس بحقوقه الواردة فى عقد التمويل وبعدم جواز تعديل أى لفظ أياما كان فى عقد التمويل السابق الموافقة عليه ما لم يكن المستأجر قد وافق عليه ولم تشترط الاتفاقية أى شكل خاص لموافقه المستأجر فيمكن أن تكون صريحه أو ضمنيه لكنها لا تفترض ويعتبر هذا الحق إستثناء على قاعدة نسبية العقود ويترتب على مخالفته عدم سريانه وعدم نفاذه تجاه المستأجر .

وهذا الحق يؤكد الطبيعة الخاصة لعقد الإيجار التمويلى وأنها عقدمركب من عقدين هما عقد التمويل باعتباره وسيلة للعقد الثانى وهو عقد الإيجار التمويلى . وكلاهما يكونان منظومه عملية الإيجار التمويلى .

ولا يوجد مثل ذلك النص فى التشريع المصرى الخاص بعقد الإيجار التمويلى .

حق التأجير من الباطن :

نصت م١٤/٢ من اتفاقية أتاوه على أن يجوز للمستأجر التنازل عن حق الاستعمال للشىء المبيع أو أى حق ناشىء عن عقد الإيجار التمويلى بشرط أن يكون المؤجر موافقًا على هذا التنازل مع حفظ حقوق الغير .

وقد منحت إتفاقية أتاوه للمستأجر حقًا أخر مباشرًا وهو حق التأجير من الباطن وقد نصت الإتفاقية على شرط لممارسة هذا الحق كما حملته بإمتياز أما

الشرط فهو موافقة المؤجر ولم تضع الاتفاقية أى شرط خاص لهذه الموافقة قد تكون صريحة أو ضمنية ولكن لا تفترض. فكما تكون سابقة يمكن أن تكون لاحقة.

أما الإمتياز فهو حقوق الغير، والإمتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفة (م١١٣٠/١ من القانون المدنى المصرى)، ولا يكون للحق أمتياز إلا بمقتضى نص فى القانون (م١١٣٠/٢ من القانون المدنى المصرى). وقد نص عجز المادة ٢/١٤ على هذا الامتياز.

فى التشريع المصرى:

نصت المادة ١٦ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على أنه: «يجوز للمستأجر بموافقة المؤجر التنازل عن العقد إلى مستأجر آخر، ويكون المستأجر الأصلى ضامنًا للمتنازل إليه فى تنفيذ التزاماته فى العقد، ما لم يوافق المؤجر على غير ذلك ويلتزم المتنازل إليه بأن يؤدى إلى المؤجر مباشرة الأجرة المستحقة بموجب العقد، وذلك من تاريخ اخطار المؤجر له بموافقته على التنازل، ولا يجوز للمتنازل إليه أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من أجره قبل هذا التاريخ.

ويلاحظ أن المشرع المصرى أتفق مع المعاهده، فى جواز التأجير من الباطن يشرط موافقة المؤجر إلا أنه اختلف مع الاتفاقية فى مسألتين هما: أن المشرع المصرى اشترط أن تكون موافقة المؤجر على تنازل المستأجر فى الإيجار صريحة مكتوبه وذلك بأن نص على التزام المؤجر باتخاذ اجراءات التأشير بالتنازل فى سجل قيود عقود التأجير التمويلى لدى الجهة الإدارية المختصة وذلك طبقًا للقواعد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون (م١/١٧ من القانون).

ولا يجوز الاحتجاج على الغير بالتنازل إلا من تاريخ التأشير به طبقًا لأحكام

الفقرة السابقة .

الاختلاف الثانى هو أن المشرع المصرى لم ينص على امتياز مقرر لحقوق الغير السابقة على تاريخ التنازل أو الإيجار من الباطن .

ب – التزامات المستأجر :

الالتزام بدفع الأجرة :

تنص م١/١ من اتفاقية اتاوه على : « تحكم الاتفاقية الحالية عملية الإيجار التمويلى الموصوفة فى الفقرة الثانية والتى بمقتضاها يقوم « المؤجر » الطرف الأول :

أ – بابرام عقد التمويل بناء على طلب طرف ثانى « المستأجر » مع طرف ثالث « المورد » وبموجب هذا العقد يشترى منقولات معدات انتاج أو أدوات عمل وفق أقساط متفق عليها مع المستأجر حسبما اتفقا عليه .

ب – يقوم بابرام عقد تأجير تمويلى مع المستأجر يفوضه الحق فى استعمال المنقولات مقابل دفع ثمن الأجرة .

ولأن الالتزام بدفع الأجرة هو الإلتزام الجوهرى والأول والذى يلتزم به المستأجر فى عند الإيجارنظير إنتفاعه بالأموال المؤجرة فقد نصت عليه المادة ١/١ من اتفاقية أتاوه إلا أن واضعوا الاتفاقية حرصوا على عدم تخصيص مادة مستقله لهذا الالتزام ولكن عكست صياغة المادة الأولى ، وهى صياغة غير تقليديه ، ببيان هذا الالتزام باعتباره ركن عقد الإيجار وربطه بعقد التمويل ونظرا للوظيفة التمويلة لهذا العقد فإن الاتفاقية لم تترك حرية الاتفاق على الأجرةولكن وضعت معيارًا لحساب الأجرة المنصوص عليها فى عقد الإيجار التمويلى بأن تأخذ فى الاعتبار على وجه الخصوص الاستهلاك الكلى أو الجزء الأعظم من ثمن المنقول

(م١/٢ جـ من الاتفاقية) .

وفى التشريع المصرى نصت المادة ١/١١ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على أنه يلتزم المستأجر بأن يؤدى الأجرة المتفق عليها فى المواعيد ووفقًا للأوضاع الواردة فى العقد إلا أنه يعيب التشريع المصرى عدم وضع معيار لحساب الأجرة على النحو الوارد فى نص م١/٢ ج من الاتفاقية .

الالتزام بالمحافظة على الأموال المؤجرة وإعادتها إلى المؤجر عند انتهاء مدة الإيجار بحالتها :

تنص المادة ١/٩ من اتفاقية أتاوه على ثلاث التزامات تقع على عاتق المستأجر تتعلق بالمال المؤجر وهى : (١) أن يعتنى المستأجر بالمنقول باستعماله بطريقه معقولة ويحافظ عليه بنفس الحالة التى تسلمه بها ، ويأخذ فى الإعتبار أن يكون استعماله المتنابع استهلاكًا عاديا (م١/٩) .

(٢) كل تعديل على الشيء يكون باتفاق بين الأطراف (م١/٩) .

(٣) عند إنتهاء مدة عقد الايجار التمويلى على المستأجر إعادة الشيء إلى المؤجر بنفس الحالة التى تسلمها بها ما لم يكن قد اشتراه أو استأجره من جديد (م٢/٩) .

ويلاحظ أن هذه الالتزامات هى ترديد لالتزامات المستأجر المقرره فى مختلف النظم القانونية باعتبارها قواعد عامة ، مثل المادة ١٧٢٨، ١٧٣٠ من القانون المدنى الفرنسي والمادة ٥٧٩ وما بعدها من القانون المدنى المصرى والمادة ٩ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥.

الفصل الرابع

قواعد الاسناد فى عقد الإيجار التمويلى الدولى

تقسيم : وسنعرض الدراسة موضوع هذا الفصل فى المباحث التالية :

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على الشكل فى عقد الإيجار التمويلى الجوانب الشكلية – الاشكال المتعلقة بالعلانية .

المبحث الثانى : القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فى عقد الإيجار التمويلى الدولى .

المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق على الحقوق العينية التى للمؤجر على المنقول محل عقد الإيجار التمويلى .

المبحث الرابع : القانون الواجب التطبيق على إفلاس المستأجر فى عقد الإيجار التمويلى وأثره على حقوق المؤجر .

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على الشكل فى عقد الإيجار التمويلى

الجوانب الشكلية فى عقد الإيجار التمويلى

والأشكال المتعلقة بالعلانية

عقد الإيجار التمويلى من العقود الرضائية التى لا تحتاج إلى أى شكلية فى إبرامها . ولكن بالرغم من الطبيعة التجارية لعقد الإيجار التمويلى وإمكانية ثبوته بكافة طرق الإثبات – من الناحية النظرية – إلا أن لا يتصور عملًا وعلى ما جرى به العرف أن يبرم عقد الإيجار التمويلى دون كتابة تفصيلية لحقوق والتزامات أطرافه .

فالمادة ١١ من اتفاقية أتاوه تنص على أنه لا يجوز المساس بحقوق المستأجر الناشئة على عقد التمويل بموجب هذه الإتفاقية بتعديل أى لفظ أيا ما كان فى عقد التمويل السابق الموافقة عليه ما لم يكن المستأجر قد وافق على هذا التعديل .

والمادة ٧ من اتفاقية أتاوه تشترط لقبول احتجاج المؤجر بحقوقه العينية على الشىء المؤجر فى مواجهة الغير أن يكون اتخذ اجراءات العلانية التى ينص عليها القانون الواجب التطبيق .

وإذا كان الشكل فى التصرف القانونى مثل عقد الإيجار التمويلى له طبيعة متميزة ووظيفة مستقلة عن أشكال العلانية فى التصرف القانونى .

ذلك أن الشكل فى التصرف القانونى هو مظهر الإرادة للعالم الخارجى وقد يتطلبه المشرع كركن لانعقاد التصرف وقد يكون دوره لمجرد اثبات التصرف .

ومن أمثلة الشكل المطلوب فى التصرف لانعقاده (الهبة ، الرهن الرسمى) ومن أمثلة الشكل المطلوب فى التصرف لاثبات هى غالبية العقود الرضائية (البيع والإيجار)[١] .

أما أشكال العقود العلانية فهى يتم استيفائها عادة بعد إبرام العقد أى ليست عنصرًا أو ركنا فى التصرف . وفليس القصد منها حماية الإرادة أو التراضى عليه بل شهر العقد أوالتصرف والإعلان عنه حتى ينفذ فى حق الغير فغاية هذه الإجراءات هى تحقيق الأمان وسلامة المعاملات[٢] .

ونظرا لأن كل من الشكل فى التصرف أو العقد وأشكال الشهر والعلانية يتعلقان بجانب الشكل حتى أن الفقه يشدد على عدم الخلط بينهما[٣] لذلك فإننا ستجمع بينها فى مبحث واحد فى اطار عقد الإيجار التمويلى يخصص لكل منهما مطلب مستقل .

---

(١) د . هشام صادق المرجع السابق ، ص٣٧٤ .

(٢) د . أحمد عبد الكريم . علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا ، الطبعة الأولى ص ١١٦٤.

(٣) د . هشام صادق ، المرجع السابق ص٣٨٢ .

المطلب الأول
القانون الواجب التطبيق على الشكل
فى عقد الإيجار التمويلى

يتصل النظام القانونى لعقد الإيجار التمويلى الدولى بأكثر من دولة وهو ما يؤدى بالضرورة إلى تنازع القوانين حول الشكل الذى ينبغى أن يفرغ فيه .

وإزاء خلو معاهدة أتاوه من نص مادى يرشد إلى القانون الواجب التطبيق .

واعمالا لحكم المادة ٢/٦ من الاتفاقية التى تقرر اللجوء لقواعد القانون الدولى الخاص حال خلو الاتفاقية من نصوص أو مبادئ عامة ترشد إليها .

فإن القاعدة العامة فى الشكل المقرر فى مختلف النظم القانونية بالنسبة للعقود هى خضوع الشكل القانونى المحل Locus regit actum وبالنظر للطابع الاختيارى لقاعدة خضوع الشكل لقانون المحل ، واعمالا لنص المادة ٢٠ فى القانون المدنى المصرى والتى تنص على : « العقود ما بين الاحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطنى المشترك » .

وتعتبر قاعدة اخضاع شكل الفرقات لقانون بلد ابرامها Locus regit actum من قواعد الاسناد التى تكاد تجمع النظم القانونية المعاصرة على الأخذ بها .

وتتميز هذه القاعدة بأنها قاعدة إختيارية فهى لا تتعلق بالنظام العام[1] وذلك ما يتفق مع حاجة المعاملات الخاصة الدولية والتيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التى ابرم فيها العقد أو قد يشق عليهم الالتزام بشكل خاص بفرض قانون واحد وذلك ما أخذ به التشريع المصرى فى ما نصت عليه المادة ٢٠ من القانون المدنى بإجازة اخضاع شكل التصرف وفقا لأحد قوانين أربعة كلها يتصل بالعقد المبرم وهى : محل ابرام التصرف ، أو القانون الذى يحكم الموضوع ، أو الموطن المشترك للمتعاقدين ، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين .

---

(١) د . هشام صادق ، المرجع السابق ص٣٧٩ .

المطلب الثانى

القانون الواجب التطبيق على الأشكال المتعلقة بالعلانية فى عقد الإيجار التمويلى

اهتمت اتفاقية أتاوه بالنص على شهر أو علانية عقد الإيجار التمويلى وتحديد القانون الواجب التطبيق على الاشكال المتعلقة بهذه العلانية وربطت بين احترام قواعد العلانية وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها والاحتجاج بالحقوق العينية التى للمؤجر على المال المؤجر وجعلت احترام قواعد العلانية هو التزام على عاتق المؤجر ، وتبنت اتفاقية أتاوه قواعد تنازع موحده وذلك ما نصت عليه المادة ٣/٧ من الاتفاقية حتى حددت القانون الواجب التطبيق الذى يتمسك به المؤجر .

وسنعرض لهذا الموضوع فى ثلاث أفرع :

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على الأشكال المتعلقة بالعلانية فى اتفاقية أتاوه .

الفرع الثانى : اتجاهات التشريعات المقارنة .

الفرع الثالث : موقف التشريع المصرى .

أولا : القانون الواجب التطبيق على الاشكال المتعلقة بالعلانية فى اتفاقية أتاوه .

تنص المادة السابعة من اتفاقية أتاوه أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق يشترط على المؤجر التزام باجراءات شهر معينة للاحتجاج بحقوقه العينية على

المال محل عقد الايجار التمويلى فإنه لا يجوز له الاحتجاج بهذه الحقوق ما لم تكن الشروط المعينة للاعلان فى قواعد النشر تم احترامها . وهذا القانون يختلف بحسب نوع المنقول محل عقد الايجار التمويلى على النحو التالى :

(أ) بالنسبة للسفن والمراكب المسجلة فالقانون الواجب التطبيق على اجراءات الاعلان هو قانون الدولة المسجل فيها اسم مالك السفينة ولا يعتد وفقا لهذا النص بمستأجر السفينة .

(ب) بالنسبة للطائرات المسجلة وفقا لاتفاقية الطيران المدنى الدولية الموقعة فى شيكاغو فى ٧ ديسمبر ١٩٤٤، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى تم تسجيل الطائرة بها .

(جـ) بالنسبة للمنقولات الأخرى التى تتميز عادة بالانتقال من دولة لأخرى مثل موتورات الطائرات ، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى يتواجد بها المقر الرئيسى لاقامة المستأجر .

(د) بالنسبة لباقى المنقولات الأخرى ، موضوع عقد الإيجار التمويلى فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى يوجد بها المنقول . « La lex rei sitae » .

ثانيا : اتجاهات التشريعات المقارنة .

تهدف إجراءات النشر فى النظم القانونية إلى حماية الغير الذين يمكن أن يعتقدوا أن المستأجر هو مالك المال الذى يجوزه بموجب عقد الإيجار التمويلى .

ولا تتفق قوانين الدول فى هذا الشأن . بعض القوانين تفرض احترام قواعد النشر وتنص على ذلك صراحة وتوجد قوانين أخرى لا تقرر أى اجراءات ويوجد اتجاه وسط فلا يشترط النص على النشر ولكنى تصل إلى الغاية منه بطريق آخر .

ونعرض للاتجاهات الثلاث :

اتجاه أول يقرر ضرورة النشر :

يعتبر القانون الفرنسى نموذجًا للنظم القانونية التى تنص على ضرورة نشر عمليات الايجار التمويلى لاعلام الغير .

فالقانون الفرنسى الصادر فى ٢ يوليو ١٩٦٦ يقرر جزاءً بعدم نفاذ حقوق المؤجر على المال محل عقد الايجار التمويلى إذا لم يقوم بالتسجيل فى السجل التجارى الخاص لدى قلم كتاب المحكمة التجارية التى يقع فى دائرتها سجل المستأجر .

وأيضا نفس الحكم فى قانون الكيبك حيث تنص المادة ١٨٤٧ من القانون المدنى أن لا تسرى حقوق ملكية المؤجر فى مواجهة الغير إذا لم تكن مسجلة .

وكذلك نفس الحكم بالنسبة للدول الستة عشر الافريقية الأطراف فى معاهدة OHADA وفقا للوثيقة الموحدة المتعلقة بالقانون التجارى العام الذى وقع فى ١٧ أبريل ١٩٩٧ تنص على إنشاء سجل تجارى خاص بالمنقولات موضوع عقد الإيجار التمويلى لتلقى التسجيلات المتعلقة بعقود الإيجار التمويلى .

الاتجاه الثانى من التشريعات التى تخلو من نصوص تستوجب النشر .

ومثال هذه التشريعات القانون البلجيكى ، والقانون الالمانى ، والقانون السويسرى ، فلا تتضمن أى تنظيمات خاصة أو نصوص تستوجب أى شكل من

اجراءات النشر بالتسجيل لاعلام الغير بأن المؤجر هو مالك المال محل عقد الإيجار التمويلى .

وأن يد المستأجر على هذه الأموال هى حيازة لا تستند على حق عينى .

لم يقوم بالتسجيل فى السجل التجارى الخاص لدى قلم كتاب المحكمة التجارية التى يقع فى دائرتها سجل المستأجر .

اتجاه ثالث : « اتجاه وسط »

ويعتبر القانون الامريكى نموذج لهذا الاتجاه . فعلى الرغم من أن عقد الايجار التمويلى لا يقتضى أى اجراء للنشر . لأنه يكيف بأنه عقد ايجار حقيقى . وفقا للفقرة 2A. 301 من قانون التجارة الموحد .

إلا أن المادة ٩ من نفس القانون المتعلقة بضمانات المعاملات تشترط لسريان حقوق المؤجر فى مواجهة الغير اتباع شروط التسجيل .

وفى كندا فى الولايات Common Law تنص قوانينها على اشتراط التأمين على المنقولات لصالح المؤجر وتصل إلى نتيجة مشابهة للحكم المقرر فى القانون الموحد الأمريكى كما تنص على أن جمع عقود الايجار التى تمتد لاكثر من عام يجب أن تكون مسجلة .

ثالثا القانون المصرى ٩٥ لسنة ١٩٩٥.

وفقا لنص المادة ٣ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ تعد الجهة الادارية المختصة (وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية) سجلًا لقيد المؤجرين ، كما تعد سجلًا آخر لقيد عقود التأجير التمويلى التى تبرم أو تنفذ فى مصر أو أن يكون أحد أطرافها مقيما فيها ، كما تقيد فى هذا السجل ، عقود البيع التى تتم استنادًا إلى عقود

التأجير التمويلى . كذلك يسجل أى تعديل لهذه العقود .

ويحب أن يتضمن القيد تحديد المال المؤجر وبيان أطراف العقد وصفاتهم بالنسبة لهذا المال ومده الفاقد والبيانات الواردة فى عقود البيع .

وأحال نص المادة ٢/٣ من القانون للائحة التنفيذية[1] تحديد أحكام واجراءات القيد فى السجل المشار إليهما والمستندات والأوراق والبيانات التكميلية الأخرى التى يتطلبها القيد واجراءات تعديل القيد أو الغائه الآثار القانونية للقيد فى السجل .

تنص المادة ٦ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على أنه « مع عدم الأخلال بما يكون للدولة من حقوق بأنه إعتبارًا من تاريخ القيد لا يجوز للمستأجر أو الغير الاحتجاج على المؤجر بأى حق يتعارض مع بيانات عقد التأجير التمويلى التى قيد بها طبقا لاحكام المادة ٣ من هذا القانون .

وبذلك يستطيع المؤجر أن يحتج فى مواجهة الكافة بملكه للمال المؤجر الذى يحوزه المستأجر ، فيتصرف فيه كيف يشاء ، ويحق لداتنيه التنفيذ عليه تحت يد المستأجر بإعتباره ضمن الضمان العامة لهم . وذلك طبقا للقواعد العامة لعقد الايجار . ويظل المال المنقول المؤجر محتفظًا بطبيعته حتى ولو كان المستأجر قد اثبته أو ألحقه بعقار (م ١/١٢ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥) .

أى أنه لا يتحول إلى عقار بالتخصيص وانما يظل محتفظًا بطبيعته المقيدة فى سجل العقود .

وإذا أفلس المستأجر فإن الأموال المؤجرة لا تدخل ضمن عناصر التفليسة وأنما

---

(١) الفصل الثانى من اللائحة التنفيذية المواد من ٦ - ٢٤ .

يجوز للمؤجر إستردادها من تحت يد السنديك .

الجزاء المقرر على عدم القيد :

لما كان عقد الايجار التمويلى من العقود التجارية الرضائية ، ولما كان الغرض من اشهار عقد التأجير التمويلى ، تقييده فى سجل العقود هو جعله حجة على الكافة فإنه لا يغير ركنا من أركان العقد ولا يترتب على عدم القيامة بهذا الاجراء بطلان العقد وإنما يترتب عليه عدم النفاذ أو عدم الاحتجاج به فى مواجهة الغير inposoabilite. المقصود بالغير كل من عدا أطراف العقد وعلى ذلك يشمل مصطلح الغير دائن المستأجر ودائنى المؤجر والخلف الخاص لكل منها .

وعليه يمكن القول أن موقف التشريع المصرى ينتمى إلى الاتجاه الأول وأنه إقتدى فى ذلك بمسلك المشرع الفرنسى .

المبحث الثانى

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

فى عقد الإيجار التمويلى الدولى

مطلب أول

خضوع عقد الإيجار التمويلى الدولى لقانون الإرادة

حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الواجب التطبيق فى العقد الدولى المبرم بينهم من المبادئ المسلم بها[1] . ويطلق عليها قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة .

أو مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الدولى الخاص ومقتضى هذه الحرية فى العقد الدولى والذى يتصل بالنظام القانونى لأكثر من دولة أن للأطراف الاتفاق على اختيار أحد هذه القوانين حتى ولو لم يكن هذا القانون هو القانون الوطنى لأطراف العقد كما أنه يجوز لهم تجزئة العقد وإخضاع بعضه لقانون دوله وإخضاع البعض لقانون دولة أخرى . ويوجد ضوابط واستثناءات من الخضوع لقاعدة التنارع الخاصة بالعقد الدولى وهى قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة وذلك إذا تعارض التطبيق مع قواعد النظام العام أو القواعد ذات التطبيق الفورى وقد استثنت كثير من الشريعات ، ومنها التشريع المصرى ، العقود الواردة على عقار من الخضوع لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية (م١٩ من القانون المدنى) . وأخضعها لقانون موقع العقار بحث لا يجوز لأطراف العقد اختيار

---

(١) د . هشام صادق ، المرجع السابق ص

قانون لحكم العقد خلاف قانون الدولة التى يقع على إقليمها العقار .

أما العقود المالية الواردة على منقول ، ومنها عقد الإيجار التمويلى ، فإنها أحد المجالات الأصلية الخاضعة لقاعدة التنازع « خضوع العقد لقانون الإرادة » سواء كانت مرتبة لحقوق شخصية أو حقوق عينية عدا الآثار العينية البحتة بنقل وشرط الاحتفاظ بالملكية[1] ويتميز عقد الإيجار التمويلى بملازمة هذه الحقوق العينية طوال مدة العقد وذلك أحد مظاهر تميز عقد الإيجار التمويلى عن عقود الإيجار التقليدية ولذلك فهى تخضع لقانون موقع المنقول .

وفى إطار مبدأ حرية ارادة المتعاقدين فى اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإيجار التمويلى الدولى نعرض لمسألتين أحدهما تتعلق بنطاق هذه الحرية تجاه نصوص اتفاق أتاوه نفسها ، والثانية بجواز تجزئة عقد الإيجار التمويلى خاصة وأنه عقد مركب .

أولاً: مدى حرية المتعاقدين فى اختيار أو استبعاد نصوص اتفاقية أتاوه .

« السمه الاختيارية لاتفاقية أتاوه » :

تتميز اتفاقية أتاوه بأنها تنظيم قانونى اختيارى فيجوز لأطراف عمليه الإيجار التمويلى الدولى المورد والمؤجر والمستأجر الاتفاق على استبعاد أحكامها . برغم توافر شروط تطبيق الاتفاقية بالنسبة لعقدهم (م٥/١ من الاتفاقية) .

وقد نصت المادة ١/٥ من الاتفاقية على جواز استبعاد تطبيق الاتفاقية فى حال اتفاق كل من أطراف عقد التمويل (المورد والمؤجر) وكل من أطراف عقد الإيجار التمويلى (المستأجر والمؤجر) كما أن نص المادة لم يشترط فى هذا الاتفاق

---

(١) د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص

أن يكون صريحًا أو مكتوبًا كما أن الاتفاقية قد خلت من اشتراط أى شكل لتعبير أطراف عملية الإيجار التمويلى فى التعبير عن إرادتهم فى الاتفاق باستبعاد حكم الاتفاقية . ويثور السؤال هل يجوز الاعتداد بالإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف فى استبعاد حكم الاتفاقية ؟

ونرى أن هذا السؤال لا يثور إلا فى حالة المنازعة . وأنه إذا كان الأصل هو سريان أحكام الاتفاقية حال توافر شروط تطبيقها وأن جواز استبعاد أحكامها مرهون باتفاق جميع أطراف عملية الإيجار التمويلى وفى رأينا لا يقبل الدفع أمام القضاء أو التحكيم باستبعاد تطبيق الاتفاقية إلا باتفاق كتابى أو شكلى ثابت فيه إجماع الأطراف على الاتفاق على استبعاد أحكام المعاهده وذلك أن المنازعة تعنى تخلف الاتفاق ولا يقبل الدفع بأن هناك اتفاق ضمنى أو مفترض .

فى حالة سريان الاتفاقية ، بعدم اتفاق أطراف عمليه الإيجار التمويلى على عدم سريانها ، فإن جمع نصوصها قواعد قانونية مكمله يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد تنفيذها أو تعديلها إلا نصوصًا واردة على سبيل الحصر تعتبر قواعد آمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وهى النصوص التى وردت صراحة فى نص م٥/٢ من الاتفاقية وهى :

(أ) ضمان عدم التعرض الذى يلتزم به المؤجر لصالح المستأجر باستحقاقه حيازه هادئة وعدم تعرض حيازته من أى شخص له حق ملكية أو حق أعلى أو يتمسك بحق من خلال إجراء قضائى ما لم يكن هذا الحق أو هذا الادعاء ناتج عمل أو إهمال المستأجر (م٨/٣ من الاتفاقية) .

ب - تقييد حق المؤجر فى مطالبة المستأجر بتعويضات بسبب تخلفه عن الوفاء بالأجرة بألا يكون هذا التعويض مغاليا فيه (م١٣ فقرة ٣ب) .

ج – عندما يقوم المؤجر بفسخ عقد الإيجار التمويلى لا يجوز له التمسك بشرط الدفع المقدم لأقساط الإيجار المستحقة المنصوص عليه فى العقد (م١٣/ ٤).

ويلاحظ على هذه النصوص أنها تمثل قيودًا على المؤجر وضمانات لصالح المستأجر فى ألا يستغل المؤجر حاجته ويفرض عليه شروط والتزامات تتجاوز التوازن المالى فى العقد.

ثانيًا : جواز تجزئة عقد الإيجار التمويلى :

يذهب رأى[(١)] فى الفقه إلى أن ما دامت عملية الإيجار التمويلى، عملية تعاقدية مركبة وتقوم أساسًا على عقدين لا يمكن الفصل بينهما هما : عقد البيع أو بتعبير أخر عقد التمويل وطرفاه الممول والمؤجر، وعقد ثان هو عقد التأجير وطرفاه المؤجر والمستأجر فإن الوحدة التعاقدية المكونة من العقدين التى يقوم عليها ذلك النظام الخاص المتميز المعروف بالإيجار التمويلى تقضى بخضوع العقدين لقانون واحد[(٢)].

والرأى السابق ينتقده غالبية[(٣)] الفقه. فهو يتعارض مع مبدأ حرية إرادة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق خاصة أن عملية الإيجار التمويلى تقوم على عقدين وإن كان بينهما ارتباط اقتصادى إلا أن كل منها مستقل من الناحية القانونية، خاصة أن طرفا كل عقد مختلف ومحل كل عقد مختلف

---

(١) V. Gautier BOURDEAU, Credit Bail international op. cit p7. art 32.

(٢) V. J. P Mattout, Droit bancaire internatianal La revue Banque editeur 2e ed 1996. no 125.

(٣) د . أشرف وفا ، المرجع السابق ص١٤٥ .

ويخضعون لقوانين مختلفة لذلك فإن تقيد حرية أطراف كل عقد أو أطراف عقد لصالح عقد أخر مستقل يتعارض مع مبدأ حرية الإطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق على كل عقد . وفوق ذلك إذا كان يجوز تجزئة العقد الواحد فكيف لا يجوز تجزئة العقود المركبة مثل عقد الإيجار التمويلى .

ويخلص أنصار الاتجاه الأول أن مبدأ سلطان الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يجب ألا يؤدى إلى مسخ العقد فالعقد وحدة نفسيه واقتصادية وحق اختيار قانون العقد لا يعنى أختيار قوانين العقد وينتهى هذا الاتجاه إلى مبدأ عدم جواز تجزئة العقد ، ويطبق هذا الاتجاه من القوانين المقارنة القانون الدولى الخاص الاسبانى (م١٠/١٠ مدنى) ، والقانون الدولى الخاص المجرى (م٣٠ مدنى) .

أما الاتجاه الثانى : وهو الاتجاه الراجح فى الفقه والتشريعات والاتفاقيات الدولية .

فتنص م١/٣ من اتفاقية روما يسرى على العقد القانون الذى اختاره الإطراف ... وبمقتضى هذا الاختيار يستطيع الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل أو جزء فقط من عقدهم. ونص المادة ١/٢٧ مدنى من القانون الألمانى نفس الحكم .

ومع تأيدنا للاتجاه الثانى فأننا نؤكد على :

(١) أن مشكلة تجزأه العقد تتعلق بتطبيق مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الواجب التطبيق ولا وجه لهذه المشكلة فى حالة تحديد القانون الواجب التطبيق حالة تخلف قانون الارادة .

(٢) أن اتفاقية أتاوه لم تتصد لهذه المشكلة صراحة إلا أن الطابع الاختيارى

لأحكام الاتفاقية وطبيعتها الخاصة كعقد مركب من أكثر من عقد ولكل عقد أطراف مختلفين ومحل مختلف كل هذه الخصائص لعقد الإيجار التمويلى ترفض تقييد حرية المتعاقدين فى تجزئة العقد .

(٣) أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التمويل سواء وفقًا لقانون الإرادة أو حال غيابها لا يحتج به على المستأجر فى عقد الإيجار. كما أن الاتفاقية وإن فوضت المستأجر فى اختيار المنقولات محل عقد التمويل واختيار المورد وهو الطرف فى عقد التمويل (م٢/١ب) إلا أنها لم تفترض أن يكون له دور صريحًا أو ضمنيًا أو مفترضًا فى اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التمويل .

المطلب الثانى

القانونى الواجب التطبيق على عقد الإيجار التمويلى

فى غيبة قانون الأرادة

من التعريف السابق لعقد الإيجار التمويلى وبيان خصائصه وتكييفه انتهينا إلى أنه عقد مركب، وذو طبيعة خاصة، ولا ينتمى إلى طائفة العقود المسماه.

والمبدأ المستقر فى مختلف النظم القانونية بأن قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى، وهو القانون الذى يختاره المتعاقدان بإرادتهم الصريحة أو الضمنية. فالارادة هى المناط فى تحديد القانون الواجب التطبيق.

ولكن إذا ابرم العقد الدولى وقدخلى من اشارة لارادة الأطراف صريحة أو ضمنية فى تحديد القانون الواجب التطبيق.

فلا يجوز للقاضى أن يرفض الفصل فى الدعوى وإلا كان مرتكبًا لجريمة انكار العدالة، كما لا يجوز أن يطبق قانونه الوطنى أو أى قانون آخر دون أن يستند فى ذلك إلى قاعدة إسناد تشير إليه باعتباره القانون الواجب التطبيق.

وتتضمن قواعد الإسناد معايير فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى حال تخلف قانون الارادة (الصريحة أو الضمنية) يتعين على القاضى أو المحكم الالتزام بها والا شاب تطبيقه للقانون خطأ فى القانون.

وقواعد الإسناد مصدرها التشريع الوطنى، أو الاتفاقيات الدولية ففى مصر نصت المادة ١/١٩ من القانون المدنى على أن: « يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا

اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد » .

وتتفق التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على أن أساس المعيار فى قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى هو وجود الصلة بين العقد والقانون الواجب التطبيق ولكن تختلف وجهة النظر فى تحديد واعتماد هذه الصلة . كما يرتبط باختيار هذه الصلة تحجيم دور القاضى أو اتساعه فى تحديد القانون الواجب التطبيق .

وقد ظهر فى القانون الانجلوأمريكى نظريه تعتمد معيارًا يطلق عليه القانون المناسب للعقد[1] ، وذلك المعيار يفتح الاجتهاد للقاضى أو المحكم فى تحديد الصلة بين العقد والقانون وفقًا لمعيار القانون المناسب للعقد .

وقد إنتقد الفقه بحق هذه النظرية لأنها تقوم على معيار شخصى وهو تقدير القاضى وتحكمه فى تحديد القانون الواجب التطبيق .

أما المعيار المختار ، والقائم على أساس موضوعى فهو ما يطلق عليه معيار الاداء المميز فى العقد[1] La prestation caracteristique

وهى فكرة تقوم على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد ، فى حالة غياب قانون الارادة ، على حسب الوزن القانونى والأهمية الواقعية « للاداء » أو « للالتزام » الأساسى فى العقد ومكان الوفاء به ولما كان الاداء أو الالتزام ليس واحدًا فى كل العقود فإنه من الطبيعى أن يختلف القانون الذى يحكمه فى كل عقد لذلك يمكن القول أن هذا المعيار هو الكاشف والمحدد لأكثر القوانين ارتباط بالعلاقة محل التنازع . وقد قُننت هذه الفكرة

---

(١) د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص١١٠٣ .

كمعيار نصت عليه الاتفاقيات الدولية وكثير من التشريعات الوطنية .

وقد نصت عليها المادة ١٧ من مجموعة القانون الدولى الخاص السويسرى :

١- يسرى على العقد ، عند غياب اختيار القانون ، قانون الدولة التى له بها أكثر الروابط وثوقًا .

٢- وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التى بها الاقامة العادية للطرف الذى يجب أن يقدم الاداء المميز .

كما نصت عليها م٢٩ من القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ على أنه: « إذا لم يستطع تحديد القانون الواجب التطبيق ... يسرى على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأه الشخص الملتزم بتقديم الاداء المميز للعقد بطريقة جوهرية » .

ثم قننت اتفاقية روما عام ١٩٨٠ نفس القاعدة ونصت عليها المادة ٤/ ٢: « عند انعدام الاختيار الصريح يسرى على العقد قانون البلد الذى به أكثر الروابط وثوقًا وتعتبر تلك الروابط موجودة مع البلد الذى به الاقامة العادية ، وقت ابرام العقد ، للطرف الذى يجب أن يقدم الاداء المميز » .

ونقل نص الاتفاقية نص المادة ٢/٢٨ من القانون الدولى الخاص الألمانى عام ١٩٨٦، وأخذ بنفس الفكرة القانون الدولى الخاص التركى عام ١٩٨٢ فى المادة ٢٤.

ولم يرد فى اتفاقية أتاوه قاعدة تنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على عفد الايجار التمويلى فى غيبة قانون الارادة لذلك نرى اعتماد معيار الاداء المتميز وقد سبق أن ذكرنا أن عقد الايجار التمويلى عقد مركب من طبيعة خاصة يتكون من حزمة عقود إلا أن أهمها اطلاقًا وما يمثل غاية عملية الايجار التمويلى هو

جانب الايجار وأن الطرف المدين بتنفيذ الالتزام الرئيسى فى عقد الايجار هو المستأجر وليس المؤجر، كم أن الجانب التمويلى هو خادم ووسيلة للجانب الإيجارى، ومن خصائص عقد الايجار أن يختار المستأجر المنقولات ويختار موردها بدون توجيه من المؤجر (م٢/٧أ) والمستأجر هو الذى يحدد مواصفات الشىء الذى يرغب فى الانتفاع به ويقوم المؤجر بعملية تمويل الشراء.

ولأن التزام المستأجر بدفع ثمن الاجرة هو الالتزام الرئيسى فى عقد الايجار التمويلى نرى أن القانون الواجب التطبيق على عقد الايجار التمويلى فى غياب قانون الإرادة هو قانون الدولة التى يقيم على إقليمها المستأجر أو يقع فيها مركز ادارته الرئيسى إذا كان شخصًا معنويا باعتباره الطرف الملتزم بتقديم الاداء المميز فى العقد.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق على الحقوق العينية التى للمؤجر على المنقول محل عقد الإيجار التمويلى

تنص المادة ١/٧أ من الاتفاقية على أنه يحتفظ المؤجر بحقوقه العينية على المنقولات ، محل عقد الإيجار التمويلى ، ويحتج بها فى مواجهة سنديك التفليسة ، ودائنى المستأجر ، وأيضًا على الدائنين حاملى سندات تنفيذية نهائية أو مؤقتة .

ويشمل اصطلاح سنديك التفليسة المصفى أو المدير أو كل شخص يعهد إليه بإدارة أموال المستأجر لصالح دائنيه (م١/٧ب من الاتفاقية) والحقوق العينية التى للمؤجر على المنقولات المادية محل عقد الإيجار التمويلى حقوقًا عينة أصلية وهى الملكية والانتفاع ، وحقوق عينية تبعية أو بتعبير آخر تأمينات منقولة وتشمل الرهن الرسمى والرهن الحيازى وحقوق الامتياز .

ويلاحظ أن الاتفاقية اعترفت للمؤجر بحقوقه العينية على المال المنقول محل عقد الإيجار التمويلى الدولى إلا أن الاتفاقية قد خلت من أى نص أو ضابط يشير إلى القانون الواجب التطبيق على هذه الحقوق لذلك يتعين الرجوع للقواعد العامة فى تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق التى للمؤجر على حقوقه العينية على المنقولات المادية محل عقد الإيجار التمويلى الدولى .

أولاً : خضوع المنقولات محل عقد الإيجار التمويلى لقانون موقعها:

القاعدة المستقرة فى الفقه والقضاء فى كل النظم القانونية المقارنة هى

خضوع نظام الأموال لقانون موقعها Lex situs وبالتالى خضوع الحقوق العينية التى للمؤجر فى عقد الإيجار التمويلى لقانون موقع المنقول .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالمنقول أن القانون الفرنسى هو وحده القانون الواجب التطبيق على الحقوق العينية التى تتعلق بمنقول موجود فى فرنسا[(١)] .

وتقنن المادة ١٨ من القانون المدنى المصرى المبدأ فتنص : « يسرى بالنسبة إلى المنقول ، قانون الجهة التى يوجد بها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها » .

ونص المادة المذكورة له نظير فى التشريعات المقارنة مثل م١٠٠ من القانون الدولى الخاص السويسرى والنمساوى والأمريكى[(٢)] .

ويشمل نظام الأموال المسائل الآتية[(٣)] :

– بيان المركز القانونى للأموال من حيث جواز التعامل من عدمه ، ووصف المال عقار أم منقول .

– بيان أحكام الحيازة من حيث كسبها ، انتقالها ، زوالها ، وسائل حمايتها أثارها .

– بيان الحقوق العينية التى يمكن أن تترتب على المال ، مضمونها ، نطاقها ، القيود التى ترد عليها ، سلطات صاحبها .

---

(١) Cass req. 24 mai 1933 : Rev. crit. DI 1934, p. 142.

(٢) د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص٩٩٠ .

(٣) د . هشام صادق ، المرجع السابق ص٨٠٥ .

- بيان طرق كسب الملكية، الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها .

ويخضع أثار العقد والتى تعتبر أثارًا عينية بحته[1] كمصدر للحق العينى من حيث انشاء الحق العينى أو نقله أو زواله لقانون موقع المنقول وترتيبا على ذلك فإن شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يرد فى عقد الإيجار التمويلى يخضع لقانون موقع المنقول[2] .

أما العقد ذاته بوصفه تصرفا قانونيا بالنسبة للالتزامات المتقابلة وشروطه التعاقدية فهو يخضع لقانون الإرادة .

ثالثًا : القانون الواجب التطبيق على المنقولات المتحركة محل عقد الإيجار التمويلى :

مفترض قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه هو إرتباط صفة الاستقرار أو الثبات للمنقول على إقليم دولة معينة . وعند تخلف هذا المفترض يعنى أنه لا محل لتطبيق القاعدة فالمنقولات المتحركة هى التى لا يتوافر فيها شرط الاستقرار على أقليم دولة معينة المنقولات المتحركة وقد تكون وسائل نقل وظيفتها النقل عبر الحدود الإقليمية للدول مثل الطائرات والسفن والقطارات والشاحنات وقد تكون بضاعة أو معدات مرسلة عبر الحدود الإقليمية .

- وقد خلت اتفاقية أتاوه من قاعدة اسناد خاصة بوسائل النقل المتحركة التى يمكن أن تكون موضوعًا لعقد الإيجار التمويلى الدولى، لذلك يتعين تطبيق القواعد العامة فى التنازع فى هذا الشأن .

---

(١) د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص٩٩٧ .

(٢) د . أشرف وفا ، المرجع السابق ص١٥٤ وما بعدها .

الطائرات والسفن والمراكب :

وباعتبارها وسائل نقل تخضع لقاعدة تنازع موحدة تجمع عليها النظم القانونية فى مختلف دول العام ونصت عليها اتفاقات دولية وتقوم على أحد معيارين هما معيار العلم أو التسجيل ونرى صواب الرأى الذى يفضل اصطلاح قانون التسجيل(١) .

لدلالته على الارتباط الحقيقى والواقعى بإقليم الدولة التى تم تسجيل الطائرة أو السفينة أو المركب على إقليمها ووفقًا لقوانينها وهى الأولى بتطبيق قانونها فضلا عن إعتبار عملى يتعلق بالاثبات فيما يخص بالادعاء بالتعويض أو دفع المسئولية .

وقد أخذ بهذا الحل كثير من الدول ومنها مصر(٢) أيضًا أخذ بهذا الحل اتفاقية اتاوه فى المادة ٣/٧ أ، ب مع التنويه أن نطاق المعيار وفقًا للأتفاقية يتعلق بقاعدة إسناد خاصة بتطبيق القانون الواجب التطبيق على قواعد شهر الحقوق العينية حتى يحتج المؤجر بحقوقه العينية على المنقول محل عقد التأجير التمويلى .

سيارات النقل والشاحنات :

يذهب الفقه الغالب وبعض القوانين المقارنة إلى أنها تخضع للقاعدة العامة وهى موقع المال يعنى المكان الذى توجد فيه .

القطارات :

والرأى الغالب بشأنها هو قانون الدولة التى يوجد على إقليمها المركز الفعلى

---

(١) د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص١٠٠١ .

(٢) P. Bonassier, Le loi du pavillon et les comflits de droit maritim : RCADI III- 1969, t, 128 p. 505 .

للإدارة الرئيسية للمشروع مشغل القطارات[1] .

وقد أبرمت بشأنها اتفاقية دولية[2] .

المعدات والبضائع أثناء نقلها :

بالنسبة للمعدات والبضائع أثناء نقلها **Les biens en cours de transport** نميز بين فرضين : الأول حالة وجود المعدات والبضائع فى سفينة أو طائرة فهى تخضع لقانون العلم أو التسجيل حتى لو كانت السفينة أو الطائرة فى المياه الإقليمية أو الإقليم الجوى لدولة غير دولة العلم[3] .

الفرض الثانى هو حالة نقل المعدات والبضائع بطريق البر وفى ذلك الفرض اختلف الرأى :

فالرأى الغالب فى فرنسا هو قانون إقليم الدولة المرسل إليها أو مكان الوصول وهناك رأى أخرى فى بعض النظم القانونية الأخرى يرى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المرسل إليها أو قانون المدين وتطبيق ذلك الضابط فى عقد الإيجار التمويلى يعنى أنه قانون المستأجر وذلك هو الحل فى القانون الأمريكى .

---

(١) د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص١٠٠٥ .

(٢) د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ص١٠٠٥ .

(٣) Conv. Bern, 9 mai 1980. D. no 87- 722, 25 aout 1987. J. O 3 sep 1987.

المبحث الرابع
القانون الواجب التطبيق على افلاس المستأجر
فى عقد الايجار التمويلى وأثره على حقوق المؤجر

تناول الفصل الثانى من اتفاقية أتاوه وعنوانه حقوق والتزامات الاطراف جوهر العلاقات التعاقدية بين أطراف عقد الايجار التمويلى ونصت أول فقرة فى المادة الأولى من هذا الفصل م ١/٧ على أهم حق للمؤجر فى عقد الايجار التمويلى وهو التقرير بإحتفاظه بحقوقه العينية على المنقولات محل عقد الايجار التمويلى .

وهذه القاعدة تعتبر قاعدة مادية مقرر لصالح المؤجر للاحتجاج بحقوقه العينية فى مواجهة جماعة الدائنين فى تفليسه المستأجر ودائنية . ويعتبر الشق الثانى فى القاعدة أهم أثر وأهم ضمانه مترتبة على حقوق المؤجر العينية من أكبر خطر عليها وهو إفلاس المستأجر .

ونظرًا لأهمية هذا الحق وأثره – وقد سبق تناوله – فسنعرض فى هذا المبحث القانون الواجب التطبيق على أفلاس المستأجر وأثره على حقوق المؤجر .

ومن المعروف أن الافلاس هى حالة تاجر (شخصى طبيعى أو اعتبارى) توقف عن دفع ديونه التجارية أثر اضطراب أعماله المالية[1] . وشهد الافلاس نظام قانونى غايته حماية الدائنين واقرار المساواة بينهم فى تحصيل حقوقهم من أموال المدين المفلس .

---

(١) المادة ٥٥٠ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

وقد نصت المادة ٧/١أ من الاتفاقية على احتفاظ المؤجر بحقوقه العينية على المنقولات والاحتجاج بها فى مواجهة تفليسه المستأجر .

وبعض التشريعات التى تنظم الافلاس لا تعترف بالاحتجاج بالحقوق العينية التى للمؤجر على الاجراءات الجماعية ، على الأقل إذا كانت اجراءات النشر لم تكتمل ، ولكن ترى أن قانون التفليسة هو الواجب التطبيق فى هذه الحالة ويقرر الفقه الغالب فى فرنسا هذا الاتجاه(١) .

إلا أن الاتفاقية لم يرد بها نص حول القانون الواجب التطبيق الذى يحكم افلاس المستأجر ويتنازع فى هذا الموضوع أكثر من قانون ، فما هو أكثر القوانين ملائمة(٢) ؟

هل هو قانون القاضى بوصفه الذى يحكم الافلاس من حيث ادارة التفليسة وتعيين أمينها « السنديك » وجرد الأموال ووضع الاختام وتحقيق الديون وقف التفليسة أو إنهائها .

أم قانون موطن المدين المفلس أو قانون مركز الادارة الرئيسى بالنسبة للأشخاص الاعتبارية وأصحاب هذا الرأى هم أنصار نظرية وحدة الإفلاس وعالميته(٣) ويرون أن الإفلاس مرتبط بحاله الشخص بصرف النظر عن تفرق عناصر الذمة المالية للمفلس على أكثر من إقليم دولة وأن قانون الافلاس يمتد

---

(١) CA. Martin Serf La faillite international : une realite economique pressante un enchevetvemert Juridique croissant : J D t1995, p. 30, specilement p. 86 s. p. Mayer. les conflits des lois en matiere de reserve de propriete apres la loi au 12 mai 1980 : J cp G 1981, 1. 509 no8 .

(٢) د . هشام صادق ، المرجع السابق ص٤٧٠ وما بعدها .

(٣) د . هشام صادق ، المرجع السابق ص٤٥٦ وما بعدها .

خارج إقليم دولته .

أم قانون مركز الأموال وأصحاب هذا الرأى هم أنصار نظرية تعدد الافلاس وإقليميته[1] ويرون أن نظام الافلاس يتعلق بالأموال بالدرجة الأولى وأنه طريقة للتنفيذ على أموال التاجر المفلس الذى يتوقف فى دفع ديونه وأن قواعد الافلاس تختلف اختلافا جوهريا بين بعض التشريعات لذلك فى رأيهم عدم فى رأيهم عدم امتداد قانون دولة المدين المفلس إلى خارج حدود اقليم هذه الدولة لتعارضه مع النظام العام فى رأيهم عدم امتداد قانون دولة المدين المفلس إلى خارج حدود إقليم هذه الدولة لتعارضه مع النظام العام فى كثير من الفروض .

ويذهب رأى[2] إلى إمكانية تطبيق جامع لكل فى قانون التفليسه وقانون موقع المال .

وفى فرنسا يوجد حكم لمحكمة النقض الفرنسية أصدرته الدائرة التجارية فى ١١ مايو ١٩٨٢ يتعلق بنزاع بين مؤجر المانى لمنشأة فرنسية « مستأجرة » من الباطن ثم أفلست .

وأقام المؤجر الألمانى دعوى إسترداد وحكمت محكمة إستئناف دواى Douai برفض دعوى الاسترداد وإستندت فى ذلك الحكم إلى القانون الفرنسى باعتباره قانون الموقع وقانون مقر الشركة المدين الذى يستغل هذا المال .

ونقضت محكمة النقض حكم الاستئناف وقضت بتطبيق القانون الفرنسى باعتباره قانون الموقع ولم تعتد وفقا لهذا القانون بعقد الايجار التمويلى من الباطن

---

(١) د . هشام صادق ، المرجع السابق ص٤٥٨ .

(٢) M- N Jobard - Bachellier, Quelques observations sur le domaine d'application de La loi de la faillite : DPCI 1995, t. 21. no 1. p. 14.

لعدم شهره . حيث لم يكن هناك أى عقد إيجار تمويلى بين المؤجر الالمانى والمستأجر من الباطن الفرنسى .

ويذهب رأى أن هذا الحكم هو قبول ضمنى بتطبيق القانون الالمانى باعتباره . قانون عقد الايجار التمويلى حيث أن محكمة النقض الفرنسية قبلت اعتراض قانون الملكية على المنقول الموجود فى فرنسا لان عقد الإيجار التمويلى لم يكن موضوعا لأى اجراء نشر وفقا للقانون الالمانى[1] .

أثر افلاس المستأجر على حقوق المؤجر العينية على المنقولات محل عقد الايجار التمويلى وفقا للتشريع المصرى :

لم يتضمن القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ أى ينص على أثر افلاس المستأجر على حقوق المؤجر العينة على المنقولات محل عقد الايجار التمويلى .

أما قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى بابه الخامس بخصوص الافلاس فقد نص على قواعد فى هذا الشأن فقد نصت المادة ١/٥٩٢ على أنه يشمل غل اليد جميع الأموال التى تكون ملكا للمفلس .

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة لا يشمل غل اليد الأموال المملوكة لغير المفلس .

كما نصت المادة ٦٢٦ بأنه لكل شخص أن يسترد من التفليسة الأشياء التى ثبتت له ملكيتها أو حق استردادها وقت شهر الافلاس وتنص المادة ٦٢٧ على جواز استرداد الأشياء الموجودة فى حيازة المفلس على سبيل الوديعة .

---

(١) Rev. crit. DIP 1983, p454, note Khairallah, D 1983, Jurispradence p 271, note cl witz; Jep D 1983, 11, 200 74, note Beq.

وتنص المادة ٦٢٣ أنه يترتب على حكم شهر الافلاس فسخ العقود الملزمة للجانبين والقائمة على إعتبار شخصى ويكون المفلس طرفا فيها .

لذلك يمكن القول أنه وفقا للتشريع المصرى لا يترتب على افلاس المستأجر أى مساس بحقوق المؤجر العينية على المنقولات محل عقد الايجار التمويلى فلا يشملها غل اليد (م٥٩٢/١) وللمؤجر حق طلب فسخ العقد (م٦٢٣) وله حق استرداد المنقولات (م٦٢٧) .

الخاتمة

١ - ينتمى عقد الإيجار التمويلى الدولى إلى طائفة العقود الدولية المعاصرة ، مثل عقود البوت وعقود نقل التكنولوجيا . ويؤرخ ظهور أول صور عقود نقل التكنولوجيا فى عام ١٩٥٢ فى الولايات المتحدة الأمريكية . ومنها انتقل وانتشر إلى أوربا الغربية ، ثم لكثير من البلدان النامية فى آسيا وإفريقيا وأمريكا اللاتينية .

٢ - يتميز عقد الإيجار التمويلى الدولى بأنه عقد مركب ذو طبيعة خاصة أطرافه ثلاثة : هم المورد ، والمؤجر ، والمستأجر ، ومحله حزمة من العقود مرتبطة اقتصاديًا ، وعند تحليلها نجد أن كل عقد من عقودها ينتمى إلى أحد العقود المسماة المعروفة ولكن فى تركيبها داخل منظومة عملية الإيجار التمويلى الدولى تكون عقدًا آخر متميزًا له شخصيته وذاتيته ونظامه القانونى الخاص ، وهو بهذا النظام لا يمكن إدراجه تحت طائفة العقود المسماة أو المعروفة .

٣ - يختلف موقف الدول فى التنظيم التشريعى لعقد الإيجار التمويلى إلى اتجاهين مختلفين ؛ اتجاه لا يضع تشريعا خاصا لتنظيم هذه العقود ، واتجاه آخر صدرت فيه تشريعات خاصة بتنظيم هذه العقود ، والدول التى وضعت تشريعات خاصة تختلف فيما بينها فى محل هذه العقود من تشريعات تقتصر على المنقولات المادية وتشريعات أخرى تتوسع فى مجال هذه العقود لتمتد إلى العقارات والمنقولات المعنوية .

٤ - على المستوى الدولى كانت ولا تزال اتفاقية أتاوه المبرمة فى ٢٨ مايو ١٩٨٨ والمتعلقة بالتأجير التمويلى الدولى ، الاتفاقية الدولية الوحيدة فى هذا الشأن وقد أعدها معهد روما لتوحيد القانون الخاص « يونيدروا » وغاية الاتفاقية

فى ذلك الشأن توحيد القواعد الموضوعيه لعقد الإيجار التمويلى الدولى .

وجدير بالإشارة أن معهد روما يضم حاليا عضوية ٥٦ دولة ، ومصر من الدول الأعضاء فى هذا المعهد .

٥ - يقوم عقد الإيجار التمويلى على مبدأ سلطان الإرادة بخصوص الالتزامات التعاقدية لأطرافه ؛ فالخضوع من حيث المبدأ لاتفاقية أتاوه يرجع إلى اتفاق الأطراف ، وإذا اتفقوا على الخضوع لأحكامها لهم استبعاد ما يشاءون ، إلا ما ورد عليه النص استثناء ولكن يعيب الاتفاقية خلوها من قاعدة إسناد خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق فى غيبة قانون الإرادة وذلك نقص يجب تداركه بالنص على معيار الأداء المتميز كضابط فى تحديد القانون الواجب التطبيق فى حالة تخلف قانون الإرادة وأنه موطن أعمال المستأجر أو مركز إدارته الرئيسى إذا كان شخصًا اعتباريا باعتباره الملتزم بتنفيذ الأداء المتميز فى عقد الإيجار التمويلى .

٦ - يعتبر عقد الإيجار التمويلى الدولى وعلى ضوء دراستنا له مجالا خصبا لنشاط فقه القانون الدولى الخاص ، ويرجع ذلك إلى اختلاف موقف الدول فى تنظيمها الوطنى لعقد الإيجار التمويلى وإلى أن معاهدة أتاوه وإن وضعت قواعد موضوعيه تنطبق مباشرة على العلاقات التى تنشأ عن الإيجار التمويلى كما هو الحال بالنسبة للحقوق والالتزامات للأطراف المتعلقة بالأطراف الثلاثة فى هذا النظام إلا أنها لم تحسم ولم تعرض لكثير من المسائل التى يثيرها الايجار التمويلى .

ازاء ذلك كان ينبغى لتحديد القانون الواجب التطبيق فى المسائل الهامه التى يثيرها الإيجار التمويلى الدولى إعمال القواعد العامة فى تنازع القوانين وذلك ما

عرضنا له بخصوص القانون الواجب التطبيق على شكل عقد الإيجار التمويلى الدولى وعلى الالتزامات التعاقدية لأطرافه وعلى القانون الواجب التطبيق على الحقوق العينيه التى للمؤجر على المال محل عقد الإيجار التمويلى . والقانون الواجب التطبيق على إفلاس المستأجر فى عقد الإيجار التمويلى وأثره على حقوق المؤجر .

٧ - تؤكد دراستنا لعقد الإيجار التمويلى الدولى فى القانون الدولى الخاص أنه ما زال لقواعد الإسناد الوطنية أو القواعد العامة فى تنازع القوانين دورها الكبير فى حل المشاكل الناشئة عن اختلاف التشريعات الوطنية السائدة فى تنظيم عقد الإيجار التمويلى الدولى وفى المسائل التى لم تعرض لها اتفاقية أتاوه وهى كثيرة ومهمة .

٨ - ينبغى بعد ذلك الاعتراف بأهمية معاهدة أتاوه للإيجار التمويلى الدولى فيما تضمنته من تكييف لعقد الإيجار التمويلى الدولى ، وقواعد موضوعية تضع حلولًا مباشرة فى تنظيم عقد الإيجار التمويلى الدولى مراعية فى ذلك التوازن بين المصالح المختلفة لأطراف عملية الإيجار التمويلى الدولى .

٩ - وقد نصت المادة الأولى بند ١٢ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار بأن التأجير التمويلى أحد مجالات الاستثمار فإننا نأمل أن تنضم مصر لهذه الاتفاقية لما تمثله قواعدها من ضمانة قانونية لجذب الاستثمارات الأجنبية والتمويل الأجنبى اللازم للتنمية الاقتصادية .

مراجع البحث

أولًا : مؤلفات فقهية باللغة العربية :

١ – د . أشرف وفا محمد . الإيجار التمويلي فى القانون الدولى الخاص ، بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولى ، العدد ٥٦ سنة ٢٠٠٠ ص ١١٩–١٨٣.

٢ – د . هانى دويدار . الأرض كموضوع للتأجير التمويلى طبعة ٩٩.

٣ – مركز الاقتصاد الإسلامى – التأجير التمويلى – طبعة ٩٨.

٤ – د . فايز نعيم رضوان – عقد التأجير التمويلى – طبعة ٩٧.

٥ – مستشار محمود فهمى – التأجير التمويلى – طبعة ٩٧.

٦ – د . عبد الرحمن السيد فرمان – عقد التأجير التمويلى – طبعة ٩٥.

٧ – د . حسام الدين عبد الغنى الصغير – الإيجار التمويلى – طبعة ٩٤.

٨ – د . هانى محمد دويدار – النظام القانونى للتأجير التمويلى – رسالة دكتوراة – دراسة نقدية فى القانون الفرنسى ، طبعة ١٩٩٤.

٩ – د . على سيد قاسم – الجوانب القانونية للإيجار التمويلى – طبعة ٩٠.

١٠ – د . محمد مصطفى أبوه الشنقيطى ، دراسة شرعية لأحقية العقود المالية المستحدثة ، المجلد الأول ، الناشر مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، طبعة أولى .

١١ - د. هشام على صادق ، تنازع القوانين.

١٢ - د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار من الشرائع ، الطبعة الأولى.

١٣ - د. عبد السند حسن يمامة ، تنازع القوانين ، طبعة ١٩٩٩.

ثانيًا : مؤلفات فقهية بالفرنسية :

(١) J. CALAIS Auloy Credit Bail ou leasing Rep. Dalloz droit Commercial 1973 No 4.

(٢) EL MOKHTAR Bey La symbiotique dans les leasing et credit bail mobiliers Dalloz 1970 p.3 .

(٣) Cautier BOURDEAU, credit bail international juris, cl. Droit int, Fasc. 566- 70, 1999 no 12.

(٤) EL - Mokhtar BEY, La Convention d'ottawa sar le credit bail international, la semaine Jaridiqve CJ: cpl, ed E, no49, 1989, II, 15643p, 726 et.

CL. Champaud, le leasing. J. C. P. 1965

(٥) Gautier BOURDEAU : credil bail int., op cit, no 15 el 16.

(٦) Gautier BOUREAU, op cit no 16.

(٧) CHAMPAUD , le leasing, J. C. P. 1965 .

(٨) MASSIN : le leasing dénommé credit bail Revue du Jurisprudence commerciale, Doctrine, 1966, p 38.

(٩) V. Gautier BOURDEAU, Credit Bail international op. cit p7. art 32.

(١٠) V. J. P Mattout, Droit bancaire internatianal La revue Banque editeur 2e ed 1996. no 125.

(١١) Cass req. 24 mai 1933 : Rev. crit. DI 1934, p. 142.

(١٢) P. Bonassier, Le loi du pavillon et les comflits de droit maritim : RCADI III- 1969, t, 128 p. 505 .

(١٣) Conv. Bern, 9 mai 1980. D. no 87- 722, 25 aout 1987. J. O 3 sep 1987.

(١٤) CA. Martin Serf La faillite international : une realite economique pressante un enchevetvemert Juridique croissant : J D t1995, p. 30, specilement p. 86 s. p. Mayer. les conflits des lois en matiere de reserve de propriete apres la loi au 12 mai 1980 : J cp G 1981, 1. 509 no8

(١٥) M- N Jobard - Bachellier, Quelques observations sur le domaine d'application de La loi de la faillite : DPCI 1995, t. 21. no 1. p. 14.

(١٦) Rev. crit. DIP 1983, p454, note Khairallah, D 1983, Jurispradence p 271, note cl witz; Jep D 1983, 11, 200 74, note Beq.

ثالثًا : النصوص التشريعية :

(١) اتفاقية أوتاو عام ١٩٨٨.

(٢) القرار الصادر من مجلس إدارة هيئة الاستثمار بجلسته المنعقدة فى ٣/٨/ ١٩٨٢ بالموافقة على إنشاء شركات التأجير التمويلى تحت مظلة قانون الاستثمار دون حاجة إلى تعديل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الخاص باستثمار رأس المال العربى الخاص والذى كان ساريا آنذاك وقد حدد القرار سبعة شروط يجب توافرها لمزاولة التأجير التمويلى وهى : (ص١٣. هانى دويدار) .

(٣) القانون رقم ٩٥ لسنة٩٥ اللائحة التنفيذية .

السنهورى ج٤ مجلدا العقود التى ترد على الملكية [البيع بالمقايضة] .

(٤) القانون رقم ٨ لسنة١٩٩٧ إصدار قانون ضمانات حوافز الانسان م١/ ولائحة التنفيذ م١ بند ١٢.

الفهرس